

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO Y SU
CONTROL INTERNO E INTERNACIONAL

TESIS DOCTORAL DE:
DARÍO A. SANDOVAL SHAIK

BAJO LA DIRECCIÓN DE:
VÍCTOR FUENTES CAMACHO

Madrid, 2013

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO



LAS CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO Y SU CONTROL INTERNO E INTERNACIONAL

Tesis Doctoral que presenta el Licenciado

DARÍO A. SANDOVAL SHAIK

Bajo la dirección del profesor Dr. D.

Víctor Fuentes Camacho

Profesor Titular de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid

Madrid, mayo de 2012

DEDICATORIAS

A mi esposa, Rebeca Fuenmayor, que llena de ilusión cada día de mi vida.

A mis padres, Roberto Sandoval y Adriana de Sandoval, fuentes inagotables de probidad y dignidad humana.

A toda la familia Sandoval Shaik, que orgullosamente integro.

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que de una u otra forma aportaron tiempo, conocimientos, confianza y generosidad para contribuir a la exitosa culminación de esta valiosa empresa.

Agradezco al Maestro de generaciones, Profesor Doctor D. José Carlos Fernández Rozas, por creer en mi propuesta académica e incentivar mi espíritu de superación.

A mi admirado Director, el Profesor Doctor D. Víctor Fuentes Camacho, cuya contribución orientadora y estímulo fraternal fueron cruciales para la consecución de este importante logro investigativo.

A mis amigos, los distinguidos juristas panameños D. Juan Carlos Araúz Ramos y Dña. Kirla Araúz Ramos, promotores de mis mayores éxitos profesionales y personales.

SUMARIO

Introducción

Capítulo I Aspectos generales de la actividad aseguradora

- I. La actividad aseguradora
 - 1. Dimensión socio–histórica
 - A) Perspectiva histórica
 - B) Perspectiva socio–económica
 - 2. Dimensión jurídico– formal
 - A) Función del contrato de seguro
 - B) Publicitación del sector
 - C) Sistema privado de cobertura
 - D) Institución aseguradora
- II. Oferta aseguradora
 - 1. Criterios en presencia
 - 2. Clasificación
 - A) Seguros de indemnización
 - B) Seguros de prestación de servicios
 - C) Seguros combinados o multirriesgos
- III. Ordenación y supervisión del seguro en la Unión Europea
 - 1. Significado de un mercado sin fronteras en el sector
 - 2. Establecimiento y libre prestación de servicios de las empresas aseguradoras
 - 3. Incidencia de la normativa sobre libre competencia

- 4. Supresión de discriminaciones
- IV. Armonización de las normas concernientes al contrato de seguro
 - 1. Un proceso específico dentro del marco general de unificación del Derecho de los contratos
 - A) Armonización en los Derechos nacionales aplicables a los contratos de seguros y desarrollo del mercado interior
 - B) Realizaciones concretas
 - C) Balance de la situación
 - 2. Soluciones conflictuales y soluciones materiales
 - A) Determinación del Derecho aplicable
 - 3. Una normativa europea para el contrato de seguro de aplicación opcional
 - A) Principios de Derecho europeo del contrato de seguro (PEDCS)

Capítulo II

Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas

- I. Noción de condiciones generales de la contratación
 - 1. Aproximación conceptual
 - A) Conformación de la “operación adhesiva”
 - B) Función primordial
 - C) Tipología
 - 2. Origen y evolución
 - 3. Modelos de protección
 - A) Directiva (CE) 93/13
 - B) Europa occidental
 - C) América Latina
 - D) Sistema español
 - 4. Elementos esenciales
 - A) Contractualidad
 - B) Predisposición
 - C) Imposición o rigidez
 - D) Generalidad
 - 5. Contratación en masa

- II. Contratos tipo y contratos de adhesión
 - 1. Caracterización
 - 2. Elementos diferenciales
 - 3. Desviación del sistema y corrección institucional
 - A) Desigualdad de las partes
 - B) Mecanismos de corrección
 - 4. Modelos en presencia
 - A) Carácter empresarial
- III. Marco regulador: diversidad de normas aplicables y aplicación al contrato de seguro
 - 1. Noción de póliza de seguros
 - 2. Ámbitos de protección
 - 3. Normativa sobre seguros
 - A) Antecedentes
 - B) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)
 - C) Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995)
 - D) Anteproyecto de reforma de la LCS
 - 4. Incidencia de la normativa de protección del consumidor
 - 5. Incidencia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación
- IV. Condiciones generales de los contratos en el comercio internacional

Capítulo III

Contrato de seguro y condiciones generales

- I. El contrato de seguro como arquetipo de los contratos de adhesión basados en condiciones generales
 - 1. Elementos del arquetipo
 - 2. Naturaleza y función de las cláusulas
 - A) Naturaleza
 - B) Manifestaciones unilateralistas, predisuestas e impuestas
 - C) Ruptura del equilibrio contractual

3. Consecuencias de la ausencia de negociación
- II. Justificación técnica de su utilización
 1. Ventajas para el asegurador
 2. Art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro
 - A) Un precepto precursor de la regulación de las condiciones generales de la contratación
 - B) Líneas generales del sistema
 3. Condiciones particulares y especiales en contraposición a las condiciones generales
 - A) Situaciones en presencia
 - B) Examen de la práctica
- III. Carácter tuitivo e imperatividad de los preceptos de la LCS
 1. Destinatarios de las normas protectoras de la LCS: Concepción amplia del término “asegurado”
 2. La imperatividad de los preceptos de la LCS como límite a la autonomía de la voluntad: el art. 2 LCS
 - A) Desplazamiento del principio tradicional de prevalencia de la póliza
 - B) Excepciones a la imperatividad de los preceptos de la LCS: El reaseguro y el seguro de grandes riesgos
 - C) Seguros no regulados por la LCS: Seguro marítimo y seguro aéreo
- IV. Reglas de interpretación de las condiciones generales del contrato de seguro
 1. Labor del intérprete en el contrato de seguro
 - A) Características de la actividad
 - B) Examen de la práctica
 2. Principios inspiradores
 - A) Regla de la buena fe
 - B) Regla de la prevalencia
 - C) Regla de la cláusula más importante
 - D) Regla *in dubio* pro asegurado
 - E) Regla de la condición más beneficiosa (excepción a la regla de la prevalencia)

Capítulo IV

Extensión y límites de las condiciones generales en los contratos de seguros

- I. Delimitación del riesgo en los seguros de responsabilidad civil: el caso de las cláusulas *claims made*
 - 1. La responsabilidad civil como objeto de aseguramiento
 - A) Noción de riesgo
 - B) Extensión de la cobertura
 - C) Caracterización del seguro de responsabilidad civil
 - 2. Siniestros tardíos y cláusulas *claims made*
 - A) Ámbito y alcance de la cláusula
 - B) La reforma de 1995 del art. 73 LCS
 - C) Modalidades
 - D) Delimitación temporal de cobertura en las pólizas: STS de 14 de julio de 2003
 - 3. Alcance de la prescripción
 - 4. El siniestro: la reclamación y el hecho motivador: las cláusulas *claims made*
 - A) El riesgo como presupuesto económico esencial del contrato de seguro
 - B) El siniestro
 - C) Admisión de los sistemas basados en la reclamación
 - D) Influencia de las cláusulas *claims made* en el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado.
- II. Divergencia entre el contenido de la póliza y el de la proposición de seguro: art. 8 LCS
- III. Peculiaridades de los contratos formalizados a distancia y por vía electrónica
 - 1. Marco regulador
 - 2. Régimen jurídico del comercio electrónico y de la contratación electrónica del contrato de seguro (regulación modelo y normativa comunitaria)
 - A) Marco internacional: Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.
 - B) Directiva sobre comercio electrónico
 - C) Directiva sobre firma electrónica
 - D) Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los

- consumidores
- 3. Ordenamiento español complementario a la Ley 34/2003, de 4 de noviembre
 - A) Ley 34/2002, de comercio electrónico
 - B) Ley 59/2003, de firma electrónica
 - C) Ley 7/1988, sobre Condiciones Generales de la Contratación
- IV. Prohibición de uso de cláusulas lesivas en el contrato de seguro
 - 1. Concepto de cláusula lesiva
 - 2. Posibilidad de equiparar las cláusulas lesivas (LCS) a las cláusulas abusivas (LGDCU)

Capítulo V

Control de inclusión de las cláusulas abusivas en los contratos de seguro

- I. Introducción
- II. Control *a priori*
 - 1. Requisitos de inclusión de las condiciones generales en la LGDCU
 - 2. Exigencia de claridad y precisión del condicionado
 - 3. Requisitos especiales para la inclusión de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado
 - A) Conocimiento por el tomador del seguro de las condiciones pactadas
 - B) Distinción entre cláusulas limitativas de derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo
 - C) Interpretación del art. 20 LCS frente a las compañías y a los asegurados
- III. Control *a posteriori*
 - 1. Justificación
 - 2. Compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea
- IV. Manifestaciones del control
 - 1. Control judicial
 - A) Problemas en presencia

- B) Efectos de la sentencia que declara la nulidad de una cláusula
- 2. Control administrativo
 - A) Intervención “transversal”
 - B) Vigilancia de la Administración Pública
 - C) Control de la Administración Pública como consecuencia de la declaración judicial de nulidad de una determinada cláusula
- 3. Control de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios

[Conclusiones](#)

[Bibliografía](#)

[Índice de decisiones](#)

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

| | |
|--------|--|
| AA VV | Autores Varios |
| AAMN | Anales de la Academia Matritense del Notariado |
| AC | Aranzadi Civil |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| AIDA | Asociación Internacional de Derecho de Seguros |
| Art. | Artículo |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| Cc | Código Civil |
| Ccom | Código de Comercio |
| CDC | Cuadernos de Derecho y Comercio |
| CE | Comunidad Europea |
| CEE | Comunidad Económica Europea |
| CR | Convenio de Roma |
| DCDSF | Directiva sobre Comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. |
| DO | Diario Oficial de las Comunidades Europeas |
| ICLQ | <i>International and Comparative Law Quarterly</i> |
| IHLADI | Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional |
| LCGC | Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación |
| LCS | Ley de Contrato de Seguro |
| LGDCU | Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios |
| LNA | Ley de Navegación Aérea |
| LOCM | Ley de Ordenación del Comercio Minorista |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |

| | |
|----------------------------|---|
| LOSSP/1984 | Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1984 |
| LOSSP/1995 | Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995 |
| LSSICE | Ley de Comercio Electrónico |
| PDECS | Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro |
| RCE | Revista de Contratación Electrónica |
| RCEA | Revista de la Corte Española de Arbitraje |
| RCL | Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi |
| RDBB | Revista de Derecho Bancario y Bursátil |
| RDM | Revista de Derecho Mercantil |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| REDI | Revista Española de Seguros |
| RES | Revista Española de Derecho Internacional |
| <i>Rev. int. dr. comp.</i> | <i>Revue internationale de droit comparé.</i> |
| RDSP | Revista de Derecho de los Seguros Privados |
| RGD | Revista General de Derecho |
| <i>Riv. dir. civ.</i> | <i>Rivista di diritto civile</i> |
| RJ | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi |
| ROSSP | Reglamento de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado |
| RR I | Reglamento Roma I |
| S | Sentencia |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STJCE | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TJCE | Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TS | Tribunal Supremo |
| UE | Unión Europea |

Introducción

Cuando en el año 2000 cursé mi último semestre de la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, tuve el privilegio de asistir a las conferencias sobre Derecho de Seguros que impartió el Catedrático y destacado Abogado Guillermo Cochez, quien en la actualidad se desempeña como Embajador de Panamá ante la Organización de Estados Americanos. Fue aquella la primera ocasión en que pude apreciar el complejo esquema de regulación jurídica que caracteriza al contrato de seguro, y al mismo tiempo fue el germen del perfil *ius privatista* que ha definido mi labor tanto en mundo de la investigación jurídica como en el ejercicio de la Abogacía.

Al tener la oportunidad de realizar esta tesis de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, aclamada como la Universidad de referencia en el Estado español, fue creciendo mi interés en formalizar una investigación sobre las condiciones generales de la contratación en los contratos de seguro, que abarcara sus repercusiones internas e internacionales.

Sin lugar a dudas el tema objeto de estudio “Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional” siempre ha sido de mi agrado, y el haber concentrado mi actividad investigadora en el mismo ha sido enriquecedor debido al desafío que representó ofrecer críticas y comentarios a la problemática que plantea, la cual deseo enfatizar que tiene un elevado coste jurídico y social el no resolverla. He ahí el verdadero objetivo de esta investigación.

* * *

El estudio científico de la realidad jurídica no se agota en la dogmática, sino que se despliega en muchas facetas, de las cuales surgen diferentes disciplinas, que utilizan las categorías conceptuales de otras ciencias para aplicarlas a los fenómenos jurídicos. Debe pues

adelantarse, pues, desde este momento el carácter interdisciplinar, civil, mercantil y administrativo) de la presente investigación, sin descuidar su vertiente internacional, derivada, esencialmente de la pertenencia de España a la UE.

El objetivo de la presente investigación está centrado en el contrato de seguro, contrato de adhesión por excelencia, que al ser redactado por las entidades aseguradoras bajo hechuras preestablecidas, son proclives a la inclusión de cláusulas abusivas. En orden a la metodología utilizada se revisan fuentes documentales y se efectúa una investigación exegética de la regulación de las cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico español, con el objetivo de, en un segundo momento, aplicar el método deductivo, en la aspiración de apuntar los elementos conflictivos de la regulación del seguro privado en España. Y ello porque el “núcleo duro” de los contratos de seguros no se encuentra principalmente en las disposiciones legales sino en los términos estándar de los contratos.

En efecto, las cláusulas abusivas han sido de uso frecuente en la práctica aseguradora, por lo cual se ha requerido la regulación de las mismas y su prohibición mediante normas imperativas que tienden a proteger la parte débil, aún cuando se asevere la validez del principio de la autonomía de la voluntad de las partes en la suscripción de los contratos de seguros.

Dada la permanente actividad del individuo, las relaciones en el contexto mercantil suelen enfatizarse, por lo que, de una u otra forma, éstas han sido foco de inquietud por parte de investigadores y científicos que han irrumpido en el ámbito del comercio jurídico. Así, en el campo del Derecho mercantil se analiza el apogeo que han tenido las contrataciones de seguros que se brindan en la sociedad.

Ante este fenómeno resulta muy necesario estudiar las regulaciones jurídicas de los casos que se producen actualmente con gran frecuencia y que abordan los tópicos vinculados con el tráfico mercantil de

seguros. Ante los nuevos medios y procedimientos, el contrato de seguro se ha convertido en el contrato de adhesión por antonomasia, como uno de los mecanismos para asumir los riesgos de las actuaciones sociales e individuales.

La presente investigación procura efectuar un análisis para el reconocimiento de la contratación del seguro como típico contrato de adhesión utilizado para regular las obligaciones asumidas por las compañías aseguradoras, así como los efectos personales y económicos que emanan de la aplicación de cláusulas abusivas. Para ello se examina qué es el contrato de adhesión, el contrato de seguro en particular y la ocasional inserción de cláusulas catalogadas abusivas o lesivas, así como su regulación por el Derecho positivo español, haciendo una breve incursión en cuanto al tratamiento que se realiza en la UE sobre estos aspectos. Debe tenerse en cuenta que el contrato de seguro es un elemento esencial para el funcionamiento del mercado interior, en función de la ampliación de seguridad que aporta a las relaciones comerciales entre profesionales y consumidores. El particularismo de reglamentación entre los diversos ordenamientos jurídicos nacionales por lo que respecta a los aspectos esenciales del contrato de seguro puede convertirse en importantes barreras a la realización del mercado interior y obstaculizar la comercialización transfronteriza de este instrumento financiero.

En cuanto a la metodología manejada se revisan fuentes documentales, tanto impresas como electrónicas para el análisis de los razonamientos que se exponen. Es oportuno hacer la advertencia de que, a pesar del hecho notorio de la frecuencia con que se da la celebración de contratos de seguros, las dificultades siempre estarán presentes en esta investigación, ya que sus actores así como la solución que ofrecen los distintos ordenamientos jurídicos para resolver las controversias que puedan derivar tanto de los efectos del contrato

como de sus eventuales cláusulas abusivas, se encuentran incluidos en un radio de acción que constituye la actuación que realice dicho colectivo y el control que el Estado llegue a realizar.

La consolidada práctica comercial de contratación bajo la modalidad de la adhesión ha ajustado el principio civilista según el cual el contrato es ley entre las partes, en el sentido tradicional de que éstas son quienes intervienen directamente tanto en la formación como en su ejecución y que, en caso de irregularidades derivadas de sus conductas, la legislación civil consagra figuras que frenan tales actuaciones como son el abuso del derecho, el vicio de lesión, la aplicación de la teoría de la imprevisión, entre otras. De igual forma, la variante de este tipo de contratación ha llevado al legislador a elaborar normas que procuren la protección de la parte considerada débil en la relación jurídica, para que no sean violentados sus derechos a consecuencia de la sumisión hacia condiciones generales preestablecidas.

Cualquier estudio comparativo en materia de Derecho contractual debe realizarse prestando una atención especial al Derecho contractual general. Actualmente, las condiciones generales de la contratación se han convertido en uno de los tópicos que genera mayor cantidad de comentarios e investigaciones provenientes de la doctrina científica. En el ámbito del Derecho comparado, ya sea a nivel de jurisprudencia, de legislación o de doctrina jurídica, las condiciones generales, como manifestación de cierto procedimiento de formación de los contratos, han estado sometidas a investigaciones y estudios profundos, desde todos los puntos de vista, con el objetivo de establecer sistemáticas fiscalizadoras sobre su alcance y eficacia en las relaciones contractuales. Un sencillo análisis de los casos del tráfico jurídico contemporáneo, pone de manifiesto cómo las condiciones generales de la contratación han pasado a ser el procedimiento más usual para la formación del contrato, tanto en el ámbito de los contratos celebrados

con consumidores, como en los denominados contratos comerciales, con motivo de la participación de sujetos económicos, las empresas, en ejercicio de su actividad industrial o mercantil.

* * *

Siendo considerado el contrato de adhesión por excelencia, el relevante papel que desempeñan las condiciones generales en los contratos de seguro es un hecho que no admite discusión. Sin embargo, así como son considerados ejemplos clásicos de contratos de adhesión, los contratos de seguro también son fiel reflejo de los múltiples conflictos que pueden generarse a partir de una aplicación no ajustada a Derecho de las condiciones generales, como puede comprobarse en la realidad práctica del seguro.

Estos potenciales conflictos surgen de la propia naturaleza predispuesta del contrato, en el que el asegurado no interviene en su elaboración y sólo se limita a adherirse, quedando en manos de la aseguradora el poder de redacción unilateral de un acuerdo usualmente extenso, que incorpora una jerga difícilmente comprensible para un consumidor promedio y en el que abundan exclusiones de cobertura y limitaciones de derechos del asegurado que liberan a la aseguradora de indemnizar en caso de siniestros. A tal efecto, la STS de 1 de julio de 2010 puso de relieve que “ya que no existe obstáculo al control por los Tribunales del carácter abusivo de las condiciones generales, aunque se refieran al objeto principal del contrato, singularmente cuando no son claras y comprensibles, y en el caso enjuiciado la insuficiencia de información y la falta de transparencia, es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo”¹.

¹ RJ 2010\6554.

Superados los treinta años de vigencia de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS) no está de más reconocer que ha representado un hito en la regulación de los derechos y obligaciones de aseguradoras y asegurados, siendo estos últimos amparados por el carácter proteccionista de la Ley frente a potenciales abusos contractuales. Desde que fue promulgada dicha Ley ha sido copiosa la aportación jurisprudencial, que orientada por el principio de protección de los derechos de los asegurados, ha profundizado en la interpretación del régimen de condiciones generales, aunque con resultados en ocasiones contradictorios e incongruentes.

Ante tal situación, me dispongo a establecer como principal objeto de estudio en el ámbito interno las normas de la Ley de Contrato de Seguro, que regulan las condiciones generales de la contratación en este sector, haciendo énfasis en que las condiciones generales en los contratos de seguro están reguladas en un régimen legal más amplio y complicado, en donde coexiste la LCS con otros cuerpos normativos que guardan estrecha relación como la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)².

Debe tenerse en cuenta, tanto el concepto positivo de consumidor recogido en el art. 1.2º LGCU como el concepto negativo incluido en el punto 3 de la misma Ley, “son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. “No tendrán consideración de consumidores y usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen,

² A.M. SANZ VIOLA, “Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación”, *AC*, 1999, semana nº 30, pp. 883–916.

utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de entregarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Así, la requisito básico para enmarcar el concepto de consumidor es el de ser “destinatario final” de un producto, actividad o servicio. A su vez, la Directiva 93/13/CEE, reafirmando esta idea y matizándola más, considera consumidor a “toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”. En el ámbito de la institución aseguradora, la determinación de lo que se debe considerar por consumidor de seguros requiere previamente analizar en qué consisten las operaciones de seguros a las que de forma escueta hacía una alusión el art. 1.2º LOSSP, pero sin definirlas (“tiene la consideración de seguro privado toda operación de seguro o previsión, quien quiera que sea el asegurado o asegurador...”) y que, según el art. 2.1º del ROSSP “tendrán la consideración de operaciones de seguro privado aquellas en las que concurren los requisitos previstos en el art. 1 Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro”.

El consumidor de seguros es la persona que contrata los servicios de cobertura de riesgos y, eventualmente, las prestaciones de indemnización que suministran las empresas aseguradoras. Pueden ser tanto el tomador del seguro (quien suscribe la póliza) como el asegurado, e incluso, se puede extender dicha categoría al tercer beneficiario (caso habitual en los seguros personales) o al tercero perjudicado (persona no interviniente en el contrato, a la cual se le ocasiona un daño, cuyo riesgo es objeto de cobertura de un seguro de responsabilidad civil y, por tanto, tiene derecho a que se indemnicen las secuelas de dicho daño). Es comprador de seguros, en sentido estricto, la persona que en sí misma o en sus bienes o intereses patrimoniales está expuesta al riesgo. No obstante, en sentido amplio, asegurado es quien suscribe la póliza con la entidad obligándose al

pago de las primas establecidas y teniendo derecho al cobro de las indemnizaciones que se generen a causa de un siniestro. En la práctica, el término asegurado comprende los conceptos de tomador, asegurado, beneficiario y tercero perjudicado. Todos ellos son consumidores, en sentido material, al valerse del servicio de cobertura de riesgos³.

El comportamiento del consumidor es el que se relaciona con la adquisición y uso de bienes y servicios de carácter económico⁴, así como el proceso de decisión y apreciación que conduce a estos actos. Por su parte, se entiende por comportamiento de compra del consumidor aquel por el que (mediante un proceso racional o irracional) elige, adquiere, usa y dispone de productos o servicios para satisfacer sus necesidades y deseos⁵. Se trata pues, de un conjunto de actos realizados por una persona u organización desde que tiene una necesidad hasta que efectúa la compra y utiliza el producto⁶. Su estudio abarca el análisis de cada uno de los factores que intervienen en las actuaciones realizadas.

Comprender el comportamiento de compra del consumidor es imprescindible, en especial para todas las organizaciones empresariales y, en particular, las empresas de seguros. Existen muchos factores capaces de influir en el proceso de decisión y modificación de hábitos de compra de los consumidores. Identificar y entender las necesidades

³ F. SÁNCHEZ CALERO, "Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor", *RES*, nº 26, 1981.

⁴ J.M. MÚGICA y S. RUIZ, *El comportamiento del consumidor*, Barcelona, Ariel, 1997.

⁵ M.I. BUENDÍA MARTÍNEZ, "La defensa de los derechos del consumidor en España". *Esicmarket*, nº 84, 1994, pp: 47-61.

⁶ A. ESTEBAN TALAYA, *Principios de Marketing*, Madrid, ESIC, 1997.

y preferencias de los mismos son fundamentales en la consecución de las oportunidades de negocio y beneficio de las empresas⁷.

Pasando al plano normativo, la vinculación que existe entre el contrato de seguro y la LCGC no puede ser más elocuente, ya que este contrato está compuesto en su gran mayoría por condiciones generales, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas utilizando como referencia tanto el art. 3.1º LCS como la LCGC. Por otra parte, la LCGC hace de puente conceptual cuando contempla en su Disposición Adicional Primera que se incorpora a la LGDCU una lista de “números abiertos” de ejemplos de cláusulas que habrán de ser consideradas como abusivas⁸.

Otro de los problemas que componen el objeto de esta investigación es la poco ilustrativa redacción del art. 3 LCS, que regula las condiciones generales y particulares, al igual que establece los requisitos de incorporación de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado para que tengan validez y oponibilidad. Lamentablemente la precitada norma fue redactada de una forma poco afortunada, principalmente por su falta de definición en cuanto a conceptos fundamentales como los de cláusula lesiva y cláusula limitativa, y su imprecisión en materia de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula, sólo por mencionar algunas situaciones, a tal punto que sigue siendo debatida tanto nivel doctrinal como jurisprudencial a más de treinta años de su promulgación.

También será valorada la evidente dificultad doctrinal y jurisprudencial para distinguir las cláusulas limitativas de aquellas que

⁷ E. CABALLERO SÁNCHEZ, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Madrid, Ed. FME, 1997.

⁸ En este sentido, L.J. LARRAYA RUIZ en *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro*, Pamplona, Aranzadi, 2001, p. 14, afirma que “De esa manera el juzgador se podrá apoyar en la mencionada Disposición Adicional para calificar, sin el temor que ha demostrado hasta la actualidad, a una determinada cláusula contractual como de lesiva en el sentido que se desprende del art. 3.1º LCS[...]”.

delimitan el riesgo, y de las cláusulas de exclusión de cobertura, y el problema que ello representa para establecer con criterios justificados si las dos últimas deben someterse al régimen tuitivo del art. 3 LCS. Asombrosamente el Tribunal Supremo ha contribuido más a confundir los conceptos que a esclarecer la distinción entre las cláusulas definitorias del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Al respecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la delimitación del riesgo supone, al propio tiempo, una limitación de derechos. La Sala de lo Civil, por su parte, y como si de dos Estados y dos legislaciones diferentes se tratara, no mantiene una posición tan uniforme, calificando en algunos casos como delimitadora del riesgo la cláusula que excluye de cobertura de un seguro de responsabilidad civil los daños sufridos por los consanguíneos del asegurado⁹, mientras que en otros se ha visto como limitativa la que no contempla la indemnización a parientes próximos¹⁰.

* * *

El presente trabajo no pretende ser exhaustivo en cuanto al estudio de la institución aseguradora, ni agotar todas las polémicas que genera el contrato de seguro tanto en su dimensión interna como en su dimensión internacional. Más bien supone un esfuerzo por analizar las principales situaciones de protección al asegurado consumidor en el Derecho positivo interno e internacional desde la realidad práctica del seguro como contrato basado en condiciones generales, metodológicamente fundamentado en el contraste de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales para evaluar hasta qué punto es efectiva la normativa vigente, y plantear conclusiones jurídicas viables.

A pesar del abundante número de ensayos, monografías y sentencias relativas al tema investigado, el debate y la crítica de los

⁹ STS de 9 de febrero de 1994, RJ 840.

¹⁰ STS de 28 de julio de 1994, RJ 5528.

diversos razonamientos expuestos sin duda aportará elementos refrescantes y esclarecedores que el autor espera que siembren en todo lector inquietudes provechosas para el mejoramiento del contrato de seguro como institución jurídica.

Tanto la doctrina como la legislación comparadas, conscientes de que esta forma de contratar trae como consecuencia la limitación de la autonomía de la voluntad, han elaborado todo un conjunto de controles (judicial, administrativo y legal), que se ponen en práctica antes o después de la celebración del contrato, con el único propósito de evitar que se coarte o elimine la voluntad libre de la otra parte contratante¹¹. Siendo el problema principal de las condiciones generales de la contratación la existencia de cláusulas abusivas, se requiere el análisis de los diversos sistemas de control en el derecho comparado europeo y nacional.

Por otra parte, debe prestarse atención a la incidencia del Derecho de la UE en la regulación de los contratos de seguro celebrados a distancia y su transposición al Derecho interno, que le dan una nueva dimensión a los problemas que tradicionalmente planteaban las diversas modalidades de contratos de seguro, basados ahora en el empleo de las nuevas tecnologías para su perfeccionamiento. Debe tenerse en cuenta que existe una armonización de la normativa europea sobre el contrato de seguro, que arrancó del Anteproyecto de 1962, fue intentada sin éxito en 1979 y en el Proyecto de Directiva de 30 de diciembre de 1980; y nuevamente se ha reanudado en el marco del “Plan de acción de la Comisión Europea para un derecho contractual europeo más coherente” de 2003. El Comité Económico y Social Europeo, en su dictamen “El contrato de seguro europeo”, publicado en el DO del 28 de junio de 2005, ha reiterado la necesidad de una

¹¹ Cf. X. O’CALLAGHAN, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, en NIETO CAROL, coord., *Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Madrid, 1994, p. 210; J.A. BALLESTEROS GARRIDO, “La Ley de condiciones generales de la contratación, Derecho del consumo, Derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *AC*, nº 20, 2000, p. 744.

armonización de la normativa imperativa para la parte general del derecho de seguros, a fin de superar obstáculos a las operaciones transfronterizas, recomendando como técnica jurídica el Reglamento, para garantizar que la armonización sea plena. De todos modos en la Unión Europea sigue faltando voluntad política para llevar a buen fin estos proyectos.

La quinta y última parte de la tesis está dedicada al estudio de los eventuales abusos que el sistema de la autonomía de la voluntad clásica permite con motivo de la utilización de las condiciones generales, así como al análisis de los procedimientos de control de las mismas. Dichos abusos pueden aparecer cuando son redactadas por empresas monopolísticas o con posición dominante en el mercado. Por ello se arbitran una serie de procedimientos para controlar estos abusos que, en principio y desde un punto de vista formal, parecen justificados en base a un principio de autonomía de la voluntad. El control judicial de las condiciones generales de los contratos, que a juicio de buena parte de la doctrina, es el más indicado; en cambio, otros lo consideran inadecuado o inoperante prácticamente. Nuestro propósito es detenernos en las tres fórmulas en que puede presentarse este control: examen previo, revisión de la disciplina establecida por las partes o limitándose a interpretar la voluntad contractual. Téngase en cuenta que este tipo de contratos de adhesión ha de quedar sometido al mismo régimen de interpretación que los demás contratos. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es especial para clarificar este capítulo.

Por su parte, el control administrativo puede tener diversos grados, así puede la Administración formular directamente las que serían, si se redactasen privadamente, condiciones generales de la contratación, bien mediante acto normativo general, por ejemplo, un Reglamento, bien mediante un acto normativo concreto, imponiendo u homologando constitutivamente las normas particulares que regularan los contratos celebrados por una sola empresa, como es el supuesto de las

concesiones administrativas de los transportes públicos. O bien la Administración puede intervenir mediante una simple aprobación de las condiciones generales, que permanecen en la órbita privada, formuladas particularmente por una empresa o grupos de empresas. O por los representantes profesionales de las partes contratantes, o, en fin, por una de las partes y los representantes de las otras y ello en virtud de la facultad y obligación que se les atribuye por una Ley. Lleva a cabo un examen de la materia sistematizado, deteniéndose en el estudio del valor jurídico privado de la aprobación administrativa, para, concluir con su opinión personal, de que no tiene otra eficacia jurídica este control que la de indicar que en las condiciones generales no encuentra la Administración nada contrario a Ley y que estas cláusulas son administrativamente vinculantes para el asegurador, nunca para el asegurado. El control administrativo asegura la desaparición de las cláusulas ilícitas o leoninas, que la propia empresa obligada a la aprobación hará desaparecer de sus condiciones generales. Por último, en cuanto al control legal de las condiciones generales de los contratos es preciso verificar si pueden ser perfectamente controladas a través de los recursos ofrecidos por el Derecho positivo actualmente en vigor, por ejemplo, en el Derecho español a través de los preceptos del Cc. Se trata en este caso de un problema de limitación de la libertad de contratación. Límites objetivos a la validez contractual de las condiciones generales son la Ley, las buenas costumbres, el orden público, especialmente en su versión de orden público económico. Sin veleidades tendentes a profundizar en la administrativización de la legislación de seguros, o a la creación de un nuevo ente *ad hoc* (sobre todo en este momento en que se están fusionando numerosos organismos públicos especializados en sectores concretos de la actividad económica), consideramos que éstos últimos deben contemplarse tanto desde la perspectiva de su supervisión como de la del asegurado en el sentido de aportar soluciones desde el punto de

vista de la defensa de los consumidores, pues los mecanismos que existen actualmente no son ya suficientes para protegerles adecuadamente.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA

I. La actividad aseguradora

1. Dimensión socio–histórica

A) Perspectiva histórica

El contrato de seguro como es conocido en la actualidad se origina como fenómeno relacionado a las nuevas condiciones de vida de los países industrializados, a lo largo de los últimos doscientos años. La combinación de factores demográficos, sociales, financieros, culturales y filosóficos favorecieron la búsqueda y la creación de nuevos instrumentos de protección, tanto para la atención de necesidades inmediatas, como para reparar los perjuicios económicos producidos a las personas por sucesos inexorables, aunque predecibles, y por ello, asegurables¹². Desde la aparición del hombre sobre la tierra, el ser humano ha buscado, además de su sustento, la protección de sus bienes y de su entorno familiar y social, por tanto, la noción de seguridad es consustancial a la de ser humano.

El seguro es una actividad que reduce el temor del hombre ante la incertidumbre e inseguridad que rodean su integridad personal y sus

¹²Y. LAMBERT–FAIVRE, *Droit des assurances*, 9ª. ed., París, Dalloz, 1995, p. 3

bienes (riesgos sobre los que no tienen control, que le amenazan y –de producirse– le originarán gastos y/o pérdidas patrimoniales). El origen y evolución del seguro son paralelos a la evolución de la historia y al desarrollo del comercio. La mayoría de las modalidades del seguro nacieron como mecanismos de protección de las actividades comerciales y, con el desarrollo de la sociedad, surgió la necesidad de proteger la vida creando productos de seguro destinados a la cobertura de riesgos tales como: enfermedad, invalidez, accidentes, vejez, muerte etc. La historia del seguro se remonta a las antiguas civilizaciones donde ya se realizaban actos que representaron los orígenes del sistema actual sistema de Seguros. Babilonios e hindúes fueron probablemente quienes practicaron las formas más arcaicas de seguros. Estos primeros acuerdos eran reconocidos con la denominación de Contratos a la Gruesa y principalmente se efectuaban, entre los banqueros y los propietarios de los barcos. Usualmente, el dueño de un barco tomaría prestados los fondos necesarios para comprar carga y financiar un viaje. El contrato de préstamo a la gruesa declaraba que si la carga o el barco se perdía durante el viaje, el préstamo se entendería como cancelado. Lógicamente, era muy elevado el costo de este contrato; no obstante, si el banquero financiaba a propietarios cuyas pérdidas resultaban más altas que las estimadas, este podía perder dinero. Los primeros rastros del seguro de vida se encuentran en antiguas civilizaciones, tal como Roma, donde era habitual por parte de las asociaciones religiosas, recaudar y repartir fondos entre sus miembros en caso de muerte de alguno de ellos. Con el desarrollo del comercio durante la Edad Media tanto en Europa como en el Cercano Oriente, se hizo ineludible garantizar la solvencia económica en el evento de que se produjese un desastre de navegación. Los seguros generales (seguros sobre la propiedad y patrimoniales), comenzaron a desarrollarse desde el siglo XIV con el auge del seguro marítimo¹³, en el que se protegía a los

¹³ Como pusiera de relieve R. URÍA, “el seguro marítimo es más antiguo que

comerciantes contra los riesgos de menoscabo de la mercancía, piratería y riesgos anejos de la mar¹⁴. Uno de los primeros contratos de seguros que se conoce, en el sentido en que se entienden en la actualidad (transferencia de riesgo a un tercero a cambio de una prima), tiene fecha del 15 de marzo de 1350, aunque no se descarta que puedan existir seguros marítimos anteriores a ese año¹⁵. Con el tiempo, Inglaterra se convirtió en el centro marítimo del mundo, y Londres pasó a ser la capital aseguradora para casco y carga. Más tarde, en el siglo XVII, surgió el seguro de incendio, por motivo de un gran incendio que destruyó la mayor parte de Londres. Después de lo sucedido se idearon diversos planes, pero la mayoría fracasaron otra vez puesto que no constituían reservas suficientes ni adecuadas para enfrentar las pérdidas que resultaron de las importantes conflagraciones subsecuentes.

Alrededor de 1720 surgieron las sociedades con objeto asegurador, y en las primeras etapas los especuladores y promotores provocaron

ningún otro seguro” (cf. R. URÍA GONZÁLEZ, “Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro en la doctrina española e hispanoamericana”, *RDM*, vol. XXXIII, nº 84, 1962, pp. 263 a 296).

¹⁴ F.E. ROOVER, “Early Examples of Marine Insurance”, *Journal of Economic History*, 1945, pp. 172–200. España fue una de las primeras naciones en reglamentar el Seguro Marítimo y ya a fines del siglo XV los Reyes Católicos concibieron y dictaron en Medina del Campo la “Ordenanza de Bilbao”, ratificada en 1511 en la ciudad de Sevilla por la reina doña Juana. El primer contrato celebrado en aquella época revela ya la generosidad de los aseguradores y expresa en parte “... si (lo que Dios no quiera) por alguna tormenta, y con parecer de los pilotos, marineros y pasajeros, por salvar las vidas, o por rescatarlas o por otro beneficio común, conviniere alijar el navío, se haga sin esperar consentimiento nuestro... y pagaremos las costas y gastos que se hicieren aunque no haya probanza ni testimonio...”.

¹⁵ Uno de los primeros seguros marítimos de los que queda constancia pertenece a un viaje entre Sicilia y Túnez, que transportaba un cargamento de trigo, fechado al 15 de marzo de 1350 y por el que el asegurador protegía de *omni risicum, periculum et fortunam Dei, maris et gentium*, es decir de todos los peligros que pudiera encontrarse durante la travesía excepto las operaciones de estiva y las aduanas y por dicho servicio se cobraba un 18% del valor de la mercancía.

fracaso presupuestario de gran parte de estas nuevas sociedades. Las consecuencias eventualmente fueron tan serias, que el Parlamento limitó las licencias a tal extremo que sólo hubo dos compañías autorizadas. Estas, como la *Lloyd's of London*, aún son prominentes compañías de Seguros en Inglaterra.

A grandes rasgos, se pueden distinguir varias etapas en el desarrollo del seguro:

i) Desde su origen hasta mediados del siglo XIV. En la antigüedad hubo indicios de protección y aseguramiento de bienes en Rodas y Roma. En la alta Edad Media hubo instituciones similares al seguro que eran administradas por los gremios. Aunque en su concepción como negocio o actividad con ánimo de lucro, surgió a mediados del siglo XI, relacionado al transporte marítimo de la boyante industria italiana.

ii) Desde mediados del siglo XIV al siglo XVII. Concomitantemente con el desarrollo del comercio nacen y se desarrollan tanto el contrato de seguro como la organización de la actividad aseguradora, apoyándose en la publicación de sucesivas ordenanzas¹⁶. Estas ordenanzas iban agregándose al Libro del Consulado del Mar y de esta forma se fueron mejorando los contratos de seguro (por ejemplo, “Préstamo a la Gruesa” y “Ordenanza de Barcelona” que fue el primer edicto de los Magistrados el 22 de noviembre de 1435 para regular el seguro marítimo enunciando la suma máxima asegurable y la declaración y pago de siniestros, etc...)¹⁷.

¹⁶ Vid. S.M. CORONAS GONZÁLEZ, “La Ordenanza de seguros marítimos del Consulado de la Nación de España en Brujas”, *Anuario de Historia del Derecho español*, t. LIV, 1984, pp. 383–407.

¹⁷ Los precursores del Derecho del Seguro en España (y en Europa) se remontan al siglo XV con las Ordenanzas de los Magistrados de Barcelona en 1485. Posteriormente se publicaron las de Burgos, Bilbao y Sevilla. En los siglos

Originalmente el asegurador era una persona individual, luego emergieron Agrupaciones de Personas y las Sociedades Anónimas.

iii) Desde el siglo XVIII hasta la primera mitad del siglo XIX. La decadencia de los gremios y la abolición del proteccionismo provocaron la creciente necesidad de los individuos de asociarse para conseguir fines de protección comunes. Cabe mencionar las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que definían el contrato de seguro como se entiende hoy y los seguros para resarcir daños causados por el hombre o por fenómenos de la naturaleza. Sin embargo, vedaba expresamente el seguro de vida, que fue no fue desarrollado sino hasta finales del siglo XVIII en Inglaterra e inicios del siglo XIX en Alemania.

iv) Desde mediados del siglo XIX hasta la fecha. A finales del siglo XIX (recordemos que en 1885, el Ccom español incluyó la regulación de operaciones a realizar por las aseguradoras) empezó en España la auténtica regulación del seguro y a inicios del siglo XX, la Ley de Registro e Inspección de Empresas de Seguros de 1908 fue la norma que desarrolló la actividad del negocio asegurador e implementó el control de la misma por conducto de los poderes públicos¹⁸. La primera

XVI y siguientes se dictaron nuevas ordenanzas, entre las que destacó la de Felipe II, y que tuvieron vigencia hasta bien entrado el siglo XIX. Con fundamento en esas leyes se crearon los Montepíos de invalidez o vejez (derivados de los seguros de vida), las Sociedades de Seguros Mutuos para protección de riesgos (incendios y/o las Mutualidades).

¹⁸ Ley de 14 de mayo de 1908, estableció que todas las entidades, nacionales o extranjeras, que tengan por actividad la realización de seguros debían solicitar al Ministerio de Fomento la inscripción en el registro que al efecto se estableció. Esta Ley disponía la obligación de que todas las sociedades aseguradoras presentaran las cantidades recaudadas, publicaran una Memoria comprensiva de su situación social, dieran publicidad a sus balances y estableció la forma en que quedaban sujetas a la inspección del Estado que se realizaría por la Jefatura Superior de Comercio y Seguros, por una Junta Consultiva (o cuerpo asesor del Ministro que

Ley para la ordenación y control de los seguros privados fue la del Registro e Inspección de Empresas de Seguro, subrogada por la Ley 16 de diciembre de 1954 sobre Ordenación de los Seguros Privados. La Ley 117/69 y su Reglamento, regularon la Producción de Seguros y la función mediadora de los Agentes. Estas leyes modernizaron la actividad aseguradora en España, aunque al mismo tiempo fueron la causa de que su desarrollo se limitara debido a la escasa dotación de medios que tenía la Administración para una efectiva vigilancia y control *a posteriori*, de las desviaciones de solvencia. Desde aquel entonces se han promulgado numerosas normas relacionadas con el seguro y sus componentes, que han ido gradualmente modificándose con la integración de España en la Unión Europea.

La actual dinámica de la globalización y la evolución de las relaciones internacionales han fijado nuevas exigencias en el mundo de los negocios. Esta globalización en el mundo de las finanzas; y, en especial en el negocio de los seguros, no sólo los ha vuelto cada vez más complejos, sino que ha creado un ámbito mucho mayor de competencia y exigencia nacional e internacional. Es por eso que un

creó esta Ley y que estaba compuesto por 16 miembros de distintas instituciones nombrados todos por el propio Ministro) y por el organismo denominado propiamente Inspección de Seguros (integrado por el personal técnico), es decir encontramos ya en esta Ley los elementos distintivos básicos de un sistema de autorización mediante solicitud de inscripción en el Registro correspondiente, inspección y vigilancia por parte de la Administración y aparece relevante en ella la instrumentación de sistemas de control adecuados (quizás por eso reservó esta actividad a las personas jurídicas) mediante el requisito de una autorización administrativa para poder operar, autorización que se hacía obligatoria para todas las aseguradoras (y no sólo a las que operaran en seguros de accidentes de trabajo como ocurría hasta entonces por virtud del RR 27 de agosto de 1900). Vemos entonces que por esta Ley las aseguradoras empezaron dependiendo del Ministerio de Fomento. La Ley de 14 de mayo de 1908, como primera ley de seguros de España, representó un hito en el derecho español con tal magnitud que el Decreto de 10 de noviembre de 1945 estableció el 14 de mayo como Día del seguro.

análisis del mercado de seguros atañe a toda la sociedad en general, y no sólo a las compañías de seguros y a los propios asegurados, sobre todo por su importancia como negocio en el potencial desarrollo de la economía y los beneficios que este sector puede aportar a cada país.

B) Perspectiva socio-económica

En el aspecto económico la actividad aseguradora es una operación mercantil que persigue obtener una ganancia cuando se asegura un bien para prevenirlo o protegerlo de los riesgos. Posee señas de identidad determinadas, específicas y complejas que responden a la prestación de servicios que nacen de la existencia de riesgos patrimoniales (actuales o futuros) que afectan a los seres humanos, a los comercios y a la sociedad en su conjunto. La actividad aseguradora se auxilia de los cálculos estadísticos y actuariales que son los que señalan o indican cuáles riesgos son técnicamente asegurables y su estimación. Para ser incorporados en la actividad aseguradora, estos riesgos deben reunir unas condiciones relacionadas con las presiones ejercidas por los cambios sobrevenidos en el contexto social, económico, tecnológico y legal. Es consustancial al negocio asegurador la variable aleatoria denominada “siniestralidad” ampliamente estudiada por los economistas. Queda, pues, claro que la incertidumbre es una de las características que definen la actividad aseguradora, por lo que la teoría del riesgo colectivo se encarga de variables aleatorias que afectan a dicha actividad, analizando las fluctuaciones de las mismas y su influencia en el resultado del negocio asegurador. La incertidumbre, además, está en relación directa con la reserva para siniestros

pendientes y otras reservas también reflejadas en los resultados, así como los gastos inciertos y otros riesgos diversos¹⁹.

En la actualidad, no cabe pensar en una sociedad desarrollada sin instituciones aseguradoras debido a los efectos de estabilidad que aportan a los elementos más importantes de la economía a través de la función de cobertura de riesgos permitiendo afrontar obras y proyectos de interés general que de otro modo serían inalcanzables. Entendemos por “cobertura” la protección que dispensa la aseguradora en la póliza y que generalmente se establecen en las cláusulas del contrato de seguros, denominado póliza. En efecto, la sociedad demanda un servicio de seguridad como éste, tanto desde la perspectiva de los individuos y familias consumidoras, como desde la del colectivo empresarial productor de bienes y servicios. Todo individuo o familia tiene un estándar de vida en función de sus ingresos. Una parte de estos ingresos se destina a satisfacer las necesidades de previsión futura y, hasta que esta necesidad no está bien cubierta, no se altera la organización del presupuesto familiar que lleva a las unidades de consumo a un mayor nivel de vida²⁰. Si por medio del seguro se puede lograr la cobertura de esas necesidades, facilitando la estabilización de los presupuestos familiares y a la modificación de su estándar de vida, no es difícil inferir los beneficios económicos y sociales propios de la institución aseguradora.

¹⁹ T. PENTIKÄINEN y J. RANTALA, “Run-off Risk as a part of Claims Fluctuation”, *ASTIN Bulletin*, nº 16, 1986, pp 113–147.

²⁰ El seguro se entiende como el “mecanismo que permite a los sujetos económicos reducir sus posibles pérdidas o necesidades cuantificables económicamente, mediante la transferencia previa de las mismas y pago de una cantidad a una Entidad que las asume y dota a aquéllos de una estabilidad en el tiempo, pudiendo canalizar una parte importante del ahorro de un país” (cf. G. FERNÁNDEZ ISLA, *Economía y Seguro*, Madrid, INESE, 1993).

Por su parte los empresarios, en el desarrollo de su actividad generadora de empleo y riqueza, se enfrentan a numerosos riesgos. Es cierto que el costo del seguro incrementa los costos generales pero, a favor, proporciona más estabilidad en los resultados²¹. El seguro, incluso en los casos en que es gestionado por empresas privadas, tiene un marcado carácter de servicio público, por lo que, al definir las funciones del seguro, se han considerado sus efectos sobre la economía y la sociedad, teniendo en consideración aspectos laborales, sociológicos y económicos.

La función que desempeña la actividad aseguradora reviste tal importancia, que es considerada como de interés público. Esto significa, entre otras cosas, que el Estado ejerce una vigilancia especial sobre la actividad financiera por constituirse en pilar de la economía de cualquier país. Todas aquellas actividades en el sector financiero que impliquen una captación de fondos del público son consideradas de interés público y tiene una supervisión especial por parte del Estado, mediante una legislación especial aplicable que defina sus principios rectores y de un organismo administrativo que supervise especialmente su actividad.

Las dificultades económicas por las que puedan atravesar entidades financieras, como las aseguradoras, pueden poner en peligro la estabilidad de la economía del país. Desde el pequeño empresario hasta las grandes multinacionales recurren a estos servicios financieros,

²¹ Por ejemplo, las compañías de seguro de vida utilizan una tabla de mortalidad como base para los costos máximos garantizados de la póliza. Sin embargo, una póliza tiene otros costos tales como: cargos administrativos, recargos de primas, cargos por rescates, etc., que afectarán significativamente los valores a corto plazo. A largo plazo, los costos de mortalidad son los costos más importantes. Los costos de mortalidad están basados en la probabilidad de muerte de una persona. Las tarifas en la Tabla de Mortalidad varían de acuerdo a la edad, sexo y si la persona fuma o no.

teniendo la confianza en la solidez y la reputación de las compañías con lo que están contratando y con el convencimiento de que el gran flujo de capitales que manejan está siendo bien administrado, y que en caso de hechos inesperados como la ocurrencia simultánea de múltiples siniestros, tratándose del contrato de seguro, las compañías cuentan con la capacidad económica de responder. Ese tipo de posibilidades son las que motivan al Estado a catalogar a la actividad aseguradora como de interés público.

Una de las tareas cardinales que libran las entidades de seguros es la de actuar como intermediarios financieros²². Su principal función es la cobertura de los posibles riesgos de los tomadores de seguros, cobrando una prima por ello calculada basándose en técnicas actuariales que les permite, en caso de siniestro, satisfacer las indemnizaciones preestablecidas con dichos tomadores. Ello las convierte en un buen componente del sistema financiero de un país. Por ejemplo, los aseguradores directos agrupan los pagos (primas) provenientes de aquellos que tratan de cubrir riesgos y realizan pagos a quienes acontece un evento cubierto, como un accidente de automóvil o el hundimiento de un barco, los reaseguradores, que pueden ser empresas o individuos acaudalados, aceptan, por un precio, cubrir algunos de los riesgos asumidos por un asegurador directo, y los intermediarios de seguros, como agencias y corredores, ponen en contacto a personas dispuestas a pagar para cubrir riesgos con aquellas dispuestas a asumirlos por un precio determinado.

Bien entendido que son intermediarios financieros no bancarios que canalizan el ahorro hacia el mercado de capitales. La adquisición de una póliza implica, para el asegurado, ser propietario de un activo financiero y, para la entidad, un pasivo contrapartida de las

²² E. PRIETO PÉREZ, “Las entidades de seguros como intermediarios financieros”, *Anales IAE*, n° 17, 1976, pp. 81–92.

obligaciones de indemnización contraídas con los asegurados (reflejado en forma de provisiones técnicas). La cartera de inversiones de las compañías de seguros canaliza importantes recursos que provienen de la asunción de riesgos correspondientes a los asegurados que a su vez son invertidos en fondos públicos, renta fija o variable, fondos fiduciarios, valores industriales, hipotecas, inmuebles, etc. Ahora bien, la gran evolución de los mercados financieros y la cada vez mayor cultura financiera de los ahorradores ha causado, entre otros efectos, una fiera competencia entre entidades financieras, que se han visto en la necesidad de incrementar la gama de productos ofrecidos al público, que exige una mayor sofisticación y prestaciones en comparación con los tradicionales depósitos bancarios. Estas circunstancias, se han unido, por una parte, a la reciente exteriorización de los compromisos por pensiones de las empresas no financieras y a la creciente toma de conciencia por parte de las economías familiares de la necesidad de invertir en productos que sean un complemento a las jubilaciones; y por otra, a que las recientes modificaciones tributarias en el IRPF han favorecido a los seguros de ahorro en forma de capital. Todos estos factores han desencadenado un sostenido aumento del ahorro privado en seguros de vida.

El aporte temporal de las entidades aseguradoras en la economía se puede calcular, tanto por su contribución a la formación de la renta nacional en dicho período por medio de flujos de rentas, gastos y movimientos financieros, como también estudiando su contribución a los procesos de producción, la demanda final y el equilibrio general de recursos y empleos, que se reflejan en algunos de los siguientes indicadores: intereses y dividendos pagados a accionistas y asegurados, gastos de personal, otros gastos por pago de prestación de servicios a profesionales y aporte de beneficios al Estado a través del pago de impuestos legalmente establecidos.

El tomador de una póliza de seguros es, desde un punto de vista financiero, el prestamista que facilita crédito al asegurador para “fabricar” el producto (la cobertura), convirtiéndose éste en un mero agente interesado en colocar esos fondos en los valores más rentables que le permitan afrontar eventualmente las devoluciones que vayan surgiendo de entre todos aquellos que le han sido prestados. Además, deben tenerse en consideración los rendimientos financieros procedentes de las inversiones obligatorias (provisiones legales y técnicas) que deben efectuar las empresas aseguradoras para el pago de potenciales prestaciones futuras y el incremento de las provisiones técnicas en los seguros de vida y pensiones, que constituyen una fuente substancial de ahorro como componente de la renta nacional, canalizado hacia activos de renta fija a medio y largo plazo (letras del tesoro, bonos corporativos, etc), que a su vez permiten un crecimiento continuado de la actividad económica de las empresas que los emiten y ofrecen al público inversionista y de los individuos que invierten su dinero, contribuyendo en definitiva a la prosperidad social²³.

Como puede apreciarse, es indudable la interconexión que existe entre el sector asegurador y los mercados financieros. Desde la óptica de la demanda, el sector asegurador es uno de los instrumentos esenciales en la inversión en toda clase de activos financieros. Al mismo tiempo, al igual que sucede en otros sectores, muchas compañías aseguradoras buscan inversores que favorezcan al desarrollo de su actividad. De esta manera captan recursos de orígenes muy diversos y mediante instrumentos muy variados, todos ellos centralizados a través de las diversas posibilidades de inversión que comprenden los mercados financieros. La relación es cada vez más frecuente por cuanto que los mercados financieros tienen una mayor

²³ A. CUERVO, L. RODRÍGUEZ, J.A. PAREJO y A. CALVO, *Manual de Sistema Financiero Español*, Barcelona, Ariel, 1998.

amplitud y tienen la capacidad de dar respuesta a crecientes y más variadas necesidades de canalización de recursos financieros. Desde la óptica macroeconómica, la economía de los países influye en el desarrollo de la actividad aseguradora por: la política fiscal económica (controlando precios y dirigiendo la demanda hacia objetivos sociales de estabilidad de precios, empleo, crecimiento económico, etc., aspectos que repercuten en el gasto público, impuestos y control del sistema económico), la política monetaria (que influye en la industria aseguradora respecto a la inversión y a la oferta y demanda), la inflación (que disminuye el poder adquisitivo de la sociedad y afecta negativamente las rentas fijas prestadas por el seguro y sobre los costos de siniestralidad, que pueden ser mayores a los incrementos fijados para las primas de nueva suscripción), los ciclos económicos recesivos y de crisis, como el que actualmente azota a España (que provocan una deficitaria marcha de la economía en todos los sectores) y los cambios demográficos (descensos de la natalidad, incremento o disminución de la mortalidad, edad media de supervivencia, etc. que afectan a los seguros en cuanto a la clase de pólizas y la distribución de las mismas por edades).

2. Dimensión jurídico-formal

A) Función del contrato de seguro

En términos muy concisos, se puede definir el contrato de seguro como un acuerdo entre dos personas, una de ellas denominada asegurador quien se obliga, mediante el pago de una prima, a asumir los riesgos de un tercero, denominado tomador, y a cumplir con el pago de una prestación económica (indemnización) en favor de un

beneficiario o asegurado, en el evento de realizarse o presentarse el riesgo asegurado²⁴.

La función del contrato de seguro consiste en darle cobertura a la necesidad de una persona de transferir el riesgo que existe de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, para no asumir el costo de los daños producidos por este, obteniendo así una indemnización por la pérdida patrimonial ocasionada, a cargo de la persona jurídica a la cual se ha transmitido el riesgo, denominado asegurador.

La complejidad del contrato de seguro apenas es tomada en cuenta en la fase precontractual. Una complejidad que ha encontrado sobre todo en sus causas, lo que lleva a una profundización en el conocimiento de este mercado a través de la estructura de los productos que ofrecen al tráfico las aseguradoras. Sólo desarrollando un conocimiento pormenorizado de la estructura que integra el contrato con su condicionado y del producto que ofrece, se puede llegar a soluciones adecuadas y sobre todo a decisiones racionales, pero para ello, entre otros extremos, ha de partirse de la transparencia como premisa y característica principal del seguro. Precisamente el objetivo de los requisitos legales de inclusión que se exigen para incorporar el clausulado del contrato es acercar y simplificar la información al solicitante del seguro para que decida entre contratar y no contratar, o incluso decantarse por la oferta de mercado que más le convenga²⁵. La transparencia se debe producir sobre todo con una información veraz,

²⁴ El contrato de seguro se caracteriza por ser: a) bilateral, por cuanto genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes como son: pagar la prima (tomador) y asumir el riesgo (asegurador); b) aleatorio, porque el siniestro puede producirse o no, es decir que depende de la ocurrencia de la contingencia incierta de ganancia o pérdida; c) de ejecución sucesiva, puesto que las obligaciones que se derivan del contrato de seguro (los amparos o protecciones) deben cumplirse dentro de la vigencia del seguro; d) indemnizatorio, porque nunca podrá constituir una fuente de enriquecimiento para el asegurado; f) oneroso, dado que tiene por objeto la utilidad y beneficio para ambos contratantes.

²⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 192.

continua y actualizada dentro de ese gran marco de actuación que imprime la función de publicidad.

La transparencia debe aplicarse tanto entre las partes como significativamente en la información que en la fase negocial determinará la eficacia y el alcance de la contratación. Recordemos que la máxima que debe imperar en la relación de seguro es el interés digno de protección del adherente tomador del seguro en conocer las condiciones generales de forma detallada en dos momentos, la fase negocial y la fase de ejecución del contrato, llegando a tener esta última mayor relevancia dado que en la misma se manifiesta la esencia de los derechos de una y otra parte.

B) Publicitación del sector

El seguro es una disciplina del Derecho que ha sido objeto de profunda investigación por un amplio sector de la doctrina, pero siempre con el protagonismo del Derecho mercantil, por tratarse en definitiva de un acto de comercio, tanto desde el criterio objetivo como subjetivo. Esta concepción mercantilista ha terminado por influir en el legislador y por consiguiente en la normativa vigente, aunque esta visión mercantilista se ve complementada ya que los seguros privados se ven muy afectados por las disposiciones administrativas²⁶. Y es que el seguro es un sector con regulación constante por parte del Estado, que en virtud del Derecho administrativo, sufre las consecuencias de ser intervenido por la Administración. Una de las tareas esenciales de para el legislador es la limitar con prudencia la libertad contractual en el sector; y es preciso hacerlo por razones de políticas públicas y por razones de protección del beneficiario de la póliza (o de terceras personas en beneficio de las cuales pueda haberse emitido el seguro).

²⁶ E. LINDE PANIAGUA, *Derecho público del seguro*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1977.

Este fenómeno que se podría nombrar como de constante penetración del Derecho administrativo en el campo de los seguros privados viene motivado porque el Derecho privado es hoy insuficiente para servir con eficacia a la supervisión y control de las compañías aseguradoras ni a la protección de los asegurados.

Podría pensarse que la Administración utiliza el seguro privado como si éste fuera un instrumento para obtener finalidades públicas, como por ejemplo proteger a los ciudadanos en aquellas áreas del quehacer humano a las que el Estado ya no puede atender y esto se cristaliza mediante la técnica de imponer a los particulares una obligación de contratar un seguro privado por quien se vaya a dedicar a una actividad en la que, a juicio de la Administración, pueda crearse un riesgo y con esto el Estado ha procedido a entregar la protección de las víctimas a las aseguradoras privadas. Lo mismo ocurre con el seguro de los deportistas aficionados impuesto por la Ley 10/1990 del Deporte, en el que se cubre una obligación que es pública por medio de un seguro privado.

El seguro es un sector con regulación constante que ha ido creando tipos de seguros que son tipos públicos y en los cuales la intervención del Estado es absoluta (Seguridad Social) pero ahora, incluso aquellos otros tipos de seguros que son privados (seguro de vida, de circulación, agrarios, etc.) también son objeto de intervención por el Estado a través de las normas de derecho administrativo que va promulgando, porque hay una constante incursión del Derecho administrativo, ya que el derecho privado es hoy insuficiente para proteger a víctimas y asegurados y la organización administrativa de los mismos no basta para ejercer el control y para mantener la independencia de su intervención.

C) Sistema privado de cobertura

De forma adicional al sistema público, operan sistemas privados de cobertura basados en mecanismos de seguro. Este carácter adicional o complementario de los sistemas de seguro privado responde a que no es posible que los mismos hagan frente por sí solos a la cobertura total de determinadas prestaciones tanto por falta de medios como por la imposibilidad de satisfacer una cobertura universal basada en el principio de solidaridad sin contraprestación que, en todo caso, estaría marcada por las restricciones técnicas derivadas de la selección de riesgos.

Sin perjuicio de lo anterior, el seguro privado ha resultado ventajoso en la experiencia internacional y especialmente europea para ofrecer cobertura del riesgo, complementaria al sistema público, por muy diversas razones entre las que podemos destacar la contribución a la financiación del sistema, a una estructura racional de costes, a paliar la falta de medios de la Seguridad Social, etc.

Al margen de lo anterior, al celebrarse un contrato de seguro, la parte que transfiere el riesgo deposita su confianza en el asegurador, con el convencimiento de que éste cumplirá con sus obligaciones cuando así sea necesario en virtud de lo acordado en el contrato. La inversión del ciclo productivo del asegurador hace que éste reciba su remuneración aún antes de hacer frente a cualquier tipo de prestación acordada con lo que, para no perjudicar los intereses de la parte teóricamente más débil, el legislador establece un régimen tuitivo de los derechos del asegurado y una serie de controles y exigencias adicionales con el fin de consolidar la capacidad del asegurador para hacer frente a los compromisos por él asumidos.

No debe confundirse el seguro, como institución económica, con el contrato de seguro, pues éste tiene un carácter estrictamente legal y no

es más que la herramienta jurídica que aquélla utiliza para el cumplimiento de sus fines, esto es, el seguro se instrumenta por medio de una póliza de seguros. En términos jurídicos, la relación aseguradora se materializa en un contrato mercantil independiente, oneroso y bilateral que obliga a una de las partes –asegurado– al pago de un precio (prima) y a la otra –asegurador– a asumir el riesgo correspondiente (indemnización). La Ley del Contrato del Seguro (LCS) lo define de forma más amplia y purista que el Código Civil. Los contratos de seguros deben ser de carácter: formal, duradero, oneroso, de adhesión, consensual, bilateral, aleatorio y de buena fe.

En general, las causas o fundamentos esenciales del contrato son tres: el riesgo, la cosa asegurada y el interés. Los tres están vinculados y constituyen los elementos básicos de la obligación indemnizatoria por parte del asegurador.

Cuando algunos riesgos tienen un volumen excesivo para ser asumidos por un solo asegurador o una entidad acumula demasiados riesgos de escaso volumen, surge la necesidad de mantener un equilibrio de los riesgos aceptados que permita a las aseguradoras realizar aquellos contratos en los que el posible pago de indemnizaciones sea de una cuantía tal que no rompa dicho equilibrio. Es por eso que las aseguradoras deban ser cautelosas en la selección de los riesgos que aseguren y de sus asegurados, manteniendo una distribución de la cartera razonable, segura y rentable.

Para obtener compensación estadística de los riesgos y homogeneidad cuantitativa de los mismos, la entidad debe asumir sólo una parte de los mismos transfiriendo el resto a otras entidades aseguradoras o compartiéndolos conjuntamente, es decir, recurriendo al Reaseguro o el Coaseguro, respectivamente.

El contrato de seguro, por su contenido técnico y por sus participantes, es un marco propenso a la utilización de lo que se ha

llamado condiciones generales. Dentro de la actividad aseguradora las condiciones generales cumplen la función de “dinamizar” el proceso de formación del consentimiento entre el tomador y la aseguradora. No obstante, las condiciones generales del contrato de seguro son proclives a generar una serie de inequidades, pues las aseguradoras pueden incluir en sus textos cláusulas abusivas, ambiguas o sorpresivas. Por esta razón, en defensa de la denominada “parte débil” (el asegurado) la Ley y los jueces acuden reiteradamente a los principios de buena fe en sentido objetivo y a la equidad para equilibrar la manifiesta desigualdad interna del contrato.

El lenguaje es una de las principales dificultades que encuentran los consumidores para entender los contratos y la contratación de un seguro es una decisión largamente meditada por la mayoría de los consumidores. Desde el momento en que el contratante emite su declaración de voluntad, lo hace con discernimiento, con intención, pero muchas veces con una libertad viciada por la “presión” que ejerce el estipulante sobre el adherente a través de condiciones generales. Cualquier persona que ha firmado una póliza de seguro ha visto cuántas páginas suelen contener y la mayoría de la gente que intenta leer dicha póliza entiende que el lenguaje utilizado en diversas cláusulas es vago y en algunos casos indescifrable²⁷. Este no es un accidente, dado que mientras más “espacio” se den a sí mismas las compañías de seguros, hay mayores oportunidades para que generen o minimicen la cantidad a pagar por la indemnización en una reclamación válida o para evitar pagar reclamaciones válidas en su totalidad en base a la “redacción de la póliza”, esto es, la redacción del documento que certifica respaldo al que accede el asegurado cuando paga una prima para ello. La póliza de seguro, que también puede ser mencionada como contrato de seguro, fija los términos por los cuales el asegurado se obliga a resarcir un daño

²⁷ R. ILLESCAS ORTIZ, “El lenguaje de las pólizas de seguro”, en E. VERDERA Y TUELLS (dir.): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, CUNEF-CSB, 1982, pp. 358 ss.

o a pagar una suma al verificarse una eventualidad prevista en el contrato. El contratante del seguro, por su parte, se obliga a pagar una prima a cambio de la cobertura.

Cuando surgen estos problemas, los beneficiarios de la póliza que no obtendrán la cobertura y los pagos que esperan y necesitan, se ven con frecuencia aturdidos. El lenguaje de las pólizas de seguro es redactado por abogados experimentados en temas de seguro, quienes entienden el poder del lenguaje que existe en la aplicación e interpretación de cualquier contrato. Igualmente tienden a entender y en algunos casos a depender del hecho de que la mayoría de la gente no leerá o no entenderá totalmente las limitaciones y exclusiones de cobertura que existen en muchas de estas pólizas.

En vista de la presencia y aplicación de cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente en los contratos con condiciones generales a través de formatos tipo o uniformes, la parte que ejerce el dominio en la contratación (empresario o profesional de un sector económico en particular, a partir de la perspectiva de quien posee las competencias, el saber y la cultura propia de los productos y/o servicios que provee, o a consecuencia del predominio económico de una de las partes sobre la otra) frecuenta insertar una pluralidad de cláusulas que permitirían descompensar el contrato. La usanza de cláusulas de tal naturaleza por lo general aparece de forma preestablecida por parte del proveedor en los contratos con condiciones generales de manera estándar, modo de contrato que suele ser utilizado para lograr una contratación constante y como reacción a la velocidad del tráfico mercantil de la actualidad. La aceptación de potenciales cláusulas abusivas en estos contratos por parte de la parte débil es alarmante, realidad que aparenta ser más indiscutible cuando se está frente a una relación contractual de consumo. Por ejemplo, en el ámbito internacional se hace alusión a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (PCCI), en los que el juez queda facultado para ajustar o anular una cláusula abusiva a solicitud de una de las partes. Para que la cláusula sea declarada como abusiva, ésta debe someterse a un control basado en la buena fe, la lealtad negocial y la justicia contractual,

siempre y cuando con ellas la otra parte obtenga una excesiva ventaja (arts. 7.1.6 (1), 3.10 y 1.721).

Ciertas disposiciones de control se han estudiado en el entorno europeo. Se observa, por ejemplo, en el Código Europeo de Contratos o Código Gandolfi (CEC), que aunque se ratifiquen por escrito y hayan sido objeto de conocimiento por las partes, algunas condiciones generales pueden ser abusivas y, por lo tanto, ineficaces. Por otra parte, se señaló que cuando se celebren contratos entre consumidores y profesionales, de existir en dicho contrato cláusulas que no se han discutido entre las partes, e implican un significativo desequilibrio normativo, tales cláusulas serán ineficaces a pesar de la buena fe del profesional, (arts. 30 y 33). Igualmente los principios de Derecho europeo de contratos o principios Landó (PDEC) instituyen un régimen de control sobre la cláusula abusiva. Precisamente el art. 4.110 apunta como abusiva la cláusula no negociada de manera individual que ocasione un perjuicio a la contraparte, y contra la buena fe cause un desequilibrio normativo entre las prestaciones de las partes. La parte afectada podrá solicitar la anulación de la cláusula si se presenta dicha circunstancia. Puede apreciarse la relevancia que se da a la buena fe en el trío de códigos tipo, al establecerla como un criterio de control en expansión, ante el cual podrían controlarse las cláusulas abusivas por haber sido impuestas de mala fe. Por lo tanto, la buena fe se plantea como el factor común para sancionar a las partes por comportamientos reprobables e inconcebibles²⁸.

Con seguridad puede aseverarse que la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, de 8 de octubre, fue la primera norma legal española que, en cierta medida y de forma expresa, constituye un sistema de control y validez de tipo legislativo–judicial y administrativo sobre las cláusulas de exclusión de la responsabilidad. El marco regulador de la efectividad contractual de las cláusulas de exclusión fue instaurado por el art. 3 LCS. De la misma manera que ocurre con otros ordenamientos de

²⁸ D. TALLON y otros, “Les contrôle des clauses abusives dans l’intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.”, *Rev. int. dr. comp.*, 1982 (Número especial), p. 6.

nuestro entorno, en dicho precepto el tema de la validez de determinado tipo de cláusulas contractuales se circunscribe en el capítulo más amplio de las condiciones generales de la contratación. Esta circunstancia reafirma la opinión de que, referirse a nivel positivo de condiciones generales, implica referirse en torno de los sistemas de regulación o de control sobre las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad.

El fenómeno de la relación entre las condiciones generales y las cláusulas de exclusión es absolutamente incuestionable, y que el ordenamiento jurídico español, de igual manera que con anterioridad otras legislaciones, han calificado como situaciones unidas a razón de género y especie. Igualmente parece incuestionable que la norma del art. 3 LCS debe incorporarse dentro del extenso y diverso movimiento jurídico-social de “defensa del consumidor”, que a través de las últimas décadas se ha impulsado en los estados occidentales y que, como era de esperarse, del mismo modo ha alcanzado en gran parte al Derecho del seguro, si bien es cierto que se trata de una rama de Derecho privado cuyos precedentes sobre la materia son exclusivos en el Derecho español.

El abogado y los jueces deben concurrir ante este vicio en la libertad del adherente, para ofrecer una protección legal fundamentada en la existencia de dicho vicio. En un sentido actual ha de concebirse que de cara a la manifestación de voluntad realizada por el adherente, se practica una especie de forcejeo económico, una suerte contemporánea de coerción económico-psicológica; una novedosa violencia contractual, que tiene su génesis en el desequilibrio entre los contratantes –perfil característico de nuestra sociedad– y cuando es lesivo, en los abusos, en las desproporciones de esa situación de predominio contractual. Desde esta perspectiva, las condiciones generales serán objeto de revisión o anulabilidad judicialmente siempre y cuando le ocasionen un perjuicio al adherente.

D) Institución aseguradora

Puede decirse que la “institución aseguradora”²⁹ está formada por el conjunto de organismos, entidades y consumidores que tienen participación en el desarrollo de la actividad, además, por sus respectivos medios, prácticas y técnicas, y también por las normas que regulan su inicio, desarrollo, control y vigilancia. Este servicio se relaciona directamente a una necesidad de protección frente al riesgo (posible acontecimiento aleatorio, futuro e incierto susceptible de crear afectaciones patrimoniales que, como se ha explicado, no es solamente una actividad de orden económico sino que debe cumplir una serie de condiciones técnicas, legales, económicas y deontológicas).

En cuanto al contexto particular de las entidades aseguradoras, en general los aseguradores extranjeros que llevan tiempo establecidos en España han consolidado sus posiciones de mercado con políticas prudentes y transformando sus delegaciones permanentes en sociedades anónimas filiales bajo las que concentran al máximo sus actividades. Por el contrario, muchos de los recientemente instalados (ya sea a través de la creación de filiales o mediante operaciones destinadas a poner a flote aseguradoras ya existentes) están experimentando inconvenientes para consolidar su situación. La presencia de las entidades de crédito en el sector ha representado un respaldo fuerte apoyo para las aseguradoras nacionales y la introducción del mercado

²⁹ La Institución Aseguradora puede definirse como “manifestación técnica y organizada de las iniciativas socioeconómicas de compensación de riesgos”. Su origen fundamental está en la existencia del riesgo y sus consecuencias negativas (siniestros) junto a la necesidad de reparar los daños económicos sufridos por la ocurrencia del hecho. Las unidades económicas de producción y consumo se desempeñan en un ambiente de riesgo casi permanente (o de incertidumbre) donde la ocurrencia de imprevistos y hechos inciertos trae consecuencias económicas que es necesario prever. (Cf. A. GUARDIOLA LOZANO, *Manual de introducción al seguro*, Madrid, Ed. Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 1990).

único ha incrementado la competencia con las empresas exteriores, de las cuales se quedarán establecidas en España aquellas que han logrado consolidar, bajo distintas formas, su presencia en los últimos años.

La existente posibilidad de que ocurran siniestros (sucesos con repercusiones económicas negativas) determina a individuos y a la sociedad, en general, a contratar un seguro (entre otras posibles acciones) para compensar o disminuir sus posibles consecuencias desfavorables. Actualmente la transferencia, reparto y agrupación de riesgos justifican la existencia del seguro, que está alcanzando mundialmente un volumen extraordinario. Para estar en capacidad de cubrir todos los riesgos, las empresas deben administrar grandes capitales. Esto justifica las concentraciones económicas y fusiones de compañías con el fin de tener presencia en el mayor número de países y, dependiendo de los casos, en el mayor número de ramos y modalidades de seguros. Existen dos tendencias: especialización en un tipo de seguro (o en muy pocos) o bien, ampliación y diversificación de la actividad la mayor cantidad de ramos posibles.

II. Oferta aseguradora

1. Criterios en presencia

Los seguros pueden ser clasificados de distintas maneras. En primer término, si se encuentran a cargo del Estado, en su función de tutela o de la actividad aseguradora privada, se dividen en seguros sociales y seguros privados. Los seguros sociales tienen por finalidad amparar a la clase trabajadora contra ciertos riesgos, como la muerte, los accidentes, la vejez, invalidez, las enfermedades, la desocupación o la maternidad. Tienen carácter obligatorio y sus primas están a cargo de los asegurados y empleadores, y en algunos casos el Estado también

apoya con su aporte para la financiación de las indemnizaciones. También se caracteriza por la ausencia de una póliza, con los derechos y obligaciones de las partes, debido a que estos seguros son establecidos por leyes y reglamentados por decretos, en donde se detallan esos derechos y obligaciones. El asegurado designa al beneficiario del seguro, y si esa designación hiciese falta serán beneficiarios sus herederos legales, como si se tratara de un bien ganancial, en el orden y en la proporción que el Código Civil establece.

Por su parte, los seguros privados son aquellos que el asegurado contrata voluntariamente para cubrirse de determinados riesgos, mediante el pago de una prima de la que es responsable exclusivo. En adición a estas características podemos señalar que los seguros privados se concretan con la emisión de una póliza – el instrumento del contrato de seguro – en la que se establecen los derechos y obligaciones del asegurado y asegurador.

Las diferencias existentes entre los aseguradores se dan, esencialmente, en la oferta que lanzan al mercado (ramos en los que operan y productos). Existen entidades dedicadas al seguro directo y/o reaseguro, especializadas en el ramo de vida o en el de no vida, que se concentran en la cobertura de riesgos relativos a los consumidores privados, industriales, comercio o sector público.

La diferencia principal se produce, en adición a lo anteriormente señalado, entre seguros de daños y seguros de vida.

i) En el marco de los seguros de daños cabe hacer la distinción entre: a) seguros de daños sobre las cosas (automóviles, transporte marítimo, aéreo y terrestre e inmóviles, incendio, robo, agrícolas, cinematografía, maquinaria) y los seguros patrimoniales (contra la insolvencia –Seguro de crédito y caución– y contra la aparición de deudas –seguro de responsabilidad civil; y b) seguro de daños sobre las personas (accidentes, enfermedad, asistencia sanitaria y decesos).

ii) Los seguros de vida se clasifican en función del riesgo (vida, no vida y mixtos), las características técnicas del mismo o la forma de la prestación. A largo plazo se les considera como una herramienta

canalizadora de ahorro, porque las compañías de seguros captan el dinero (prima) pagado por el asegurado, de igual manera en que los bancos captan dinero de sus cuentahabientes; y que al vencimiento del contrato, la misma se compromete al pago de la cantidad estipulada en el mismo. En este ámbito aparece frecuentemente estudiado en la jurisprudencia reciente, los seguros de vida vinculados a la inversión en participaciones de fondos mutuos o sociedades de inversión u otro tipo de activos, llamados, en la práctica, “segurfondos” o “*unit-linked*”³⁰. La litigiosidad relacionada a estos seguros responde tanto a su compleja estructura jurídica como a su característica definitoria de que el riesgo de la inversión corre a cargo del tomador, lo que parece ir en contra de la idea tradicional del traspaso del riesgo al asegurador y les aproxima al resto de productos financieros de inversión presentes en el mercado. Dicha característica esencial de este tipo de seguros de vida hace que resulte de vital importancia garantizar que el tomador o asegurado sea plenamente consciente del riesgo asumido, por lo que los tribunales han venido reconociendo una especial importancia a la

³⁰ A este tipo de seguros de vida hace referencia expresa el apartado a de la letra A del ap. 2 del art. 6 LOSSP/1995. Se trata de seguros de vida, generalmente bajo la modalidad individual y de vida entera, en los que el asegurador, a cambio de una prima, cubre el riesgo de fallecimiento o supervivencia del asegurado. La prima que debe pagar el tomador puede ser única o periódica, constante o variable; estableciéndose, por regla general, cuantías mínimas elevadas tanto para la primera como, en su caso, para las segundas y sucesivas primas. El elemento que distingue a estos seguros consiste en que la aseguradora invierte un valor equivalente al importe de las primas pagadas por el tomador –menos los gastos de adquisición y gestión y de los impuestos– en los activos que éste señale dentro de los previstos en el contrato; activos que, en todo caso, deben ser aptos para la inversión de las provisiones técnicas de seguros de vida (art.50 ROSSP). De esta manera, se caracterizan como seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, cuya provisión técnica está sometida a un régimen especial (art. 37 ROSSP). La prestación del asegurador será el producto de añadir la cuantía de la suma asegurada, prevista en la póliza, al valor del fondo acumulado en la póliza en el momento de producirse el siniestro. Está permitido el ejercicio del derecho de rescate, total o parcial, por el tomador en cualquier momento, así como la reducción y rehabilitación de la póliza. *Vid.* A. J. TAPIA HERMIDA, *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 331 ss.

documentación informativa o publicitaria que la entidad financiera que los comercializa entrega a sus tomadores. Por otra parte, la diferencia entre un contrato de seguro de vida y uno de depósito bancario de dinero es clara tanto desde la perspectiva jurídico–privada de la contratación como desde la perspectiva jurídico–pública de la ordenación financiera. Así las cosas, existe una clarísima línea de separación entre ambos contratos atendiendo a sus características principales y por lo tanto, si nos concentramos su naturaleza jurídica, mientras los depósitos bancarios de dinero pueden calificarse como depósitos irregulares o préstamos sobre la base de la transferencia de la propiedad del dinero depositado al banco (art. 1768 Cc y art. 309 Ccom); el seguro de vida se califica como contrato de seguro en el marco del art. 1 LCS. Si nos concentramos en los elementos personales de ambos contratos, la distinción es igualmente clara porque en los depósitos de dinero y otros productos de ahorro que impliquen la captación de fondos del público con la obligación de restituirlos, debe actuar necesariamente como depositario una entidad de crédito, ya sea un banco, caja de ahorros o cooperativa de crédito; mientras que en el seguro de vida, debe actuar como asegurador una entidad aseguradora debidamente autorizada para operar en el ramo de vida conforme a lo previsto en el art. 7 LOSSP/1995. Por último, el contenido de ambos contratos también resulta, en términos generales, claramente diferenciable porque las obligaciones del asegurador son distintas de las del depositario y las del tomador no coinciden con las del depositante.

2. Clasificación

A) Seguros de indemnización

En ellos la obligación del asegurador consiste en el pago en metálico de la suma acordada en el contrato o del importe en que, según las condiciones de póliza, se evalúe la pérdida. Incluyen, a su vez, los seguros personales, contra daños y patrimoniales.

i) Seguros personales. Su característica común es el valor de la persona tanto si se refiere, exclusivamente, a su valor como ente económico, como si se refiere al eje y a la base de la empresa y la familia. El objeto asegurado es la persona humana, y riesgos que puedan afectar a su existencia, integridad física o su salud. Dado que la persona no es evaluable, el pago de la indemnización no guarda relación con el valor del daño producido por la ocurrencia del siniestro. Su diferencia principal con los seguros de daños es que este tipo de seguros no constituye un contrato de indemnización. Las modalidades más usuales son: seguros de vida o supervivencia, de accidentes individuales y de Enfermedad (indemnización diaria o a tanto alzado por baja u hospitalización del asegurado).

ii) Seguros contra daños. Cubren las consecuencias económicamente adversas derivadas de determinados sucesos fortuitos que afectan a bienes muebles e inmuebles, admitiéndose el aseguramiento total a valor real, parcial o a primer riesgo y quedando excluidos los daños ocasionados por dolo del tomador. El principio indemnizatorio determina que la indemnización no puede ser motivo de enriquecimiento para el asegurado y debe limitarse a repararle del daño concreto y real sufrido en su patrimonio. Las modalidades más importantes son: seguro de incendio, robo y expoliación, transporte (vehículos y mercancías), daños al automóvil, construcción, agrarios, avería de maquinaria y ordenadores.

iii) Seguros patrimoniales. Compensan las pérdidas que puedan afectar al patrimonio del asegurado por el surgimiento de deudas, imposibilidad de ejercitar derechos o de obtener beneficios, todo ello derivado de ciertos acontecimientos descritos en el contrato. Incluyen: seguros de responsabilidad civil, de pérdida de beneficios y de crédito y caución.

B) Seguros de prestación de servicios

En este caso, la prestación del asegurador no consiste en una indemnización en metálico, más bien en la realización de un servicio a

favor del asegurado como apoyo para superar una situación desfavorable en particular, procurando el resarcimiento económico de gastos. Dentro de esta categoría se encuentran, entre otros, los de defensa jurídica, asistencia sanitaria, sepelio, repatriación de personas y vehículos, asistencia en viaje, entre otros. Veamos:

i) Seguros a personas de: asistencia sanitaria (médica u hospitalaria), decesos (servicios funerarios) y de dependencia (asistencia a personas que no pueden valerse por sí solas)³¹.

ii) Seguros ante actos no previstos de: asistencia en viaje, defensa jurídica y garantía de asistencia que incluyen determinadas pólizas combinadas (hogar, comercios).

iii) Seguros de salud. Cubren todos los riesgos relacionados con la salud del asegurado, reparando la pérdida patrimonial que pueda sufrir la familia. Las coberturas más solicitadas son: consultas médicas, intervenciones y gastos de hospitalización. Hay cuatro clases (sin diferenciar seguros individuales y colectivos): enfermedad, asistencia sanitaria, h) hospitalización y decesos.

C) Seguros combinados o multirriesgos.

No poseen características diferenciadoras que permitan considerarlos como clase independiente de los anteriormente descritos, pero cabe enumerarlos separadamente debido a su desarrollo en el mercado. Agrupan en una única póliza varias clases de seguros de las

³¹ La evolución del envejecimiento de la población en Europa y en España no deja lugar a dudas sobre el futuro incremento de los casos de dependencia, ya que dicho envejecimiento es el principal factor que desencadena aquella situación. El contexto internacional de la protección social de la dependencia nos revela que su cobertura se atiende, principalmente, mediante sistemas públicos, que pueden sufragarse según modelos impositivos (como ocurre en el Reino Unido, Italia, Japón, Suecia, Países Bajos, etc.) o contributivos (como sucede en Alemania, Francia, Bélgica, Austria, etc.). Específicamente, en relación con la experiencia en Bélgica puede verse el estudio de J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, “Hacia la regulación jurídica del seguro de dependencia: la cobertura obligatoria a través del assurance de soins en Flandes (Bélgica)”, *RES*, nº 111, 2002, pp. 357 ss.

ya enunciadas, siendo más sencillo y conveniente para el asegurado, ya que en una sola póliza dispone de la cobertura de muchos, o todos los posibles riesgos que pueden recaer sobre un bien. Cabe mencionar como ejemplos los combinados de hogar, multirriesgos de comunidades o edificios, los de comercio y oficinas, todo riesgo en construcción, el seguro del automóvil, etc.

Establecer la homogeneidad cualitativa de los riesgos y una correcta tarificación de los mismos son tareas que se ven facilitadas cuando los seguros se clasifican por ramos. Para obtener mayor exactitud en tal objetivo, suelen subdividirse en modalidades que agrupan riesgos afines. En teoría, debería haber tantos como riesgos asegurables, pero lo cierto es que en un ramo hay diversas modalidades. La definición de los riesgos asumidos en cada modalidad de seguro, es de máxima importancia para la empresa y deberá especificarse en la cobertura de sus pólizas, donde además de los riesgos objeto del seguro, debe establecerse la extensión del riesgo y las exclusiones oficialmente exentas. Todos estos elementos son los que a la postre generan los principales motivos de controversia entre el asegurado y el asegurador con motivo de la producción del siniestro. Normalmente y por motivos comerciales, la cobertura de un solo riesgo no existe cubriéndose riesgos accesorios al principal.

Un ramo de seguro se define como un conjunto de riesgos de características o naturaleza similares, o en otras palabras, un conjunto de seguros con un mismo riesgo y su clasificación legal, según la Disposición Adicional Primera de la LOSSP/1995, se establece diferenciando el ramo de vida de aquellos distintos al de vida. En el ramo de vida del seguro directo se incluirán todos los ramos enumerados en las Directivas comunitarias reguladoras de la actividad (seguro sobre la vida, operaciones de capitalización basadas en la técnica actuarial que consiste en obtener compromisos determinados en cuanto a su duración e importe a cambio de desembolsos únicos o periódicos previamente fijados), de gestión de fondos colectivos de jubilación (que implican para la entidad aseguradora administrar las inversiones y, particularmente, los activos representativos de las

reservas de las entidades que otorgan prestaciones en caso de muerte, vida, cese o reducción de actividades quedando expresamente excluidas las operaciones de gestión de fondos de pensiones regidas por la Ley reguladora de los planes y fondos de pensiones) y operaciones tontinas (aquellas operaciones de lucro mediante las cuales un fondo económico aportado por varias personas es repartido, en una fecha fijada de antemano, solamente entre los supervivientes, hasta que queda sólo uno vivo, que se quedaría con todo el capital).

III. Ordenación y supervisión del seguro en la Unión Europea

1. Significado de un mercado sin fronteras en el sector

Por el volumen de recursos que gestiona y la función que desempeña, la actividad aseguradora posee un lugar destacado en el marco de la producción de servicios. Además, la industria europea de servicios está sufriendo profundos cambios estructurales en la última década, que afectan el nivel de competencia en cada uno de los mercados nacionales como consecuencia de la consecución del Mercado Único, la tendencia a la globalización de la actividad económica y los diferentes niveles de regulación de cada país que actúan como barreras para la prestación de servicios transfronteriza. La perspectiva del Mercado Único y del Espacio Económico Europeo ha sido otro factor en las previsiones competitivas del sector asegurador y en la tendencia a la uniformidad en la estructura y características de la industria aseguradora en toda la UE.

En los mercados se realizan a cabo acuerdos de intercambio, poniendo en común necesidades, aspiraciones y fondos de los agentes que participan en él: las compañías (oferta) y los clientes (demanda). En una economía de mercado (que persigue la conjunción eficiente entre la oferta y la demanda) se desarrollan actividades tendentes a facilitar el comercio voluntario y competitivo de los productos y servicios.

Se busca la satisfacción de necesidades vinculadas más beneficiosas tanto para los clientes, proveedores y distribuidores, como para las organizaciones, dándole cara a los negocios mediante la creación, desarrollo y comercialización con distintos grupos e individuos, de forma tal que las partes que participan logren la satisfacción de sus aspiraciones y necesidades. En el intercambio, el consumidor (además de tener en cuenta los productos o servicios que recibe) considera la utilidad que le han suministrado. Es importante comprender los valores objeto de intercambio, así como la utilidad y la satisfacción que pueden proporcionar a las partes que se encuentren involucradas.

El mercado interior europeo implica un espacio sin fronteras interiores que permite la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (apartado 2 del artículo 14 del Tratado de la Comunidad Europea). Los seguros se enmarcan en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios (artículos 49 a 55 del Tratado de la Comunidad Europea) o del derecho de establecimiento, dependiendo de las circunstancias del caso. Los aseguradores que prestan servicios transfronterizos o que se establecen en otro Estado miembro hacen que los productos de seguros nacionales compitan con sus propios seguros. La política europea en materia de seguros tiene por misión establecer un marco común que permita a los aseguradores ejercer sus actividades, crear establecimientos y prestar sus servicios libremente en la Unión Europea. También tiene por misión proteger a los asegurados, en particular las personas naturales, para quienes la buena ejecución de las obligaciones contraídas por el asegurador puede tener una importancia trascendental. Igualmente, se aplican disposiciones particulares a distintos sectores de actividad, por ejemplo los seguros de vida o los seguros en materia de transporte.

La organización del sector asegurador en el espacio comunitario apenas conoce más límites que los estrictamente derivados de los remedios que aplican las normas internas *ad hoc* de cada contrato de

seguro particular a distintos problemas, por lo que las necesidades de armonización por lo menos son más apremiantes en la dimensión estrictamente privada o contractual de la actividad aseguradora. El anhelo de un mercado único asegurador es una vieja aspiración que ya constaba en el Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior de 14 de junio de 1985. En él se favorecía que las entidades aseguradoras desde la libre competencia y sin discriminación alguna pudieran ejercer su actividad en cualquier país miembro en iguales condiciones que las nacionales de ese Estado. Es cierto que se han logrado avances pero el camino por recorrer aun es largo. Y esos avances se han concretado principalmente en el aspecto más público y administrativo de la actividad aseguradora, es decir, en el aspecto de la supervisión y fiscalización de las entidades aseguradoras que operan en el ámbito comunitario, aunque esa supervisión no se externaliza tanto en la actividad concreta de la aseguradora como en las condiciones mínimas de idoneidad para el acceso, mantenimiento y extinción que permitan el ejercicio de la actividad aseguradora, o, en otras palabras, no es tan aguda en un extremo como en el otro, pues es más sencillo y menos costoso controlar los *ratios* financieros y de solvencia de una compañía aseguradora sea donde sea que actúe, que controlar y velar por la estricta y diaria actividad contractual con terceros y máxime cuando es la autoridad supervisora de origen la que fiscaliza la actividad de una aseguradora que ejerce su objeto social en otro Estado de acogida. Entre esos costos resalta la renuncia en cada país a una faena omnicomprendensiva de fiscalización y control a cada aseguradora comunitaria pero no nacional que pretendiese establecerse en su espacio territorial cuando se ha constituido válidamente en su país de origen, que por otra parte es Estado miembro de la Unión Europea.

Luego entonces la meta sólo podía ser una, siendo esta, lograr el establecimiento de un único control cautelar y financiero de las entidades de seguros, coordinando las distintas normas esenciales de

supervisión cautelar y control financiero de la actividad aseguradora, en pos de alcanzar la consonancia y homogeneización entre las distintas legislaciones nacionales comunitarias. Y este único control sólo podía ir de la mano de un reconocimiento mutuo de las distintas autorizaciones conferidas a las aseguradoras por las autoridades de supervisión y control de los respectivos países. También es cierto que con las normas supervisoras de cada Estado se pretendía adicionalmente el efecto tolerado de restringir el acceso al mercado asegurador nacional de empresas extranjeras. Como también es cierto que el hecho de que una aseguradora ejerza su actividad en un Estado de acogida en el que se localiza el riesgo causa, por lo menos, que pierda fortaleza el control directo del órgano supervisor del Estado de origen en el que radica la sede social, pero paralelamente también provoca ciertas renuencias y desánimos al menos psicológicos de los contratantes, consumidores de seguros, que ven una dificultad casi insuperable tener que dirigir sus reclamaciones a un órgano de otro país del que no sólo desconocen su regulación normativa sino también su idioma en la mayoría de los casos. Éstos son los costos que provocan la adopción de un modelo de supervisión del seguro concebido para todo el mercado europeo, lo que además significa una relativa desregulación del sector asegurador.

Naturalmente se echa de menos una mayor coordinación y armonización entre las autoridades de control de los distintos miembros de la Unión, por mucho que la autoridad del país de localización del riesgo pueda requerir a una aseguradora comunitaria pero no nacional frente a determinados comportamientos y actuaciones irregulares y, sólo en último recurso, pueda adoptar de un modo subsidiario medidas sancionadoras. Y es que el grado de armonización en la faceta supervisora por parte de los distintos Estados dista todavía de ser el ideal³².

³² J. BATALLER GRAU, “Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión”, *Derecho Privado Europeo* (Cámara Lapuente, coord.), Madrid, 2003, pp. 741–757, p. 748.

Analizar un Derecho europeo de seguros requiere su estudio desde facetas y perspectivas diversas, unos más públicos, económicos y administrativos, otros, en cambio, más concernientes a la naturaleza privada y por tanto contractual del seguro. Entre las primeras ha de analizarse el acceso y autorización para ejercer tal actividad, así como la supervisión y el control público de las entidades, sus coeficientes y márgenes de solvencia, las garantías financieras, pero también el ámbito de la competencia y las reglas del mercado, la leal y sana competencia entre las compañías que se inclinan a pactar determinados acuerdos tanto horizontales como verticales; por otra parte, la intermediación y mediación en la distribución y contratación del contrato de seguro, elemento fundamental en la contratación y que ha sido objeto de armonización comunitaria. Entre las segundas, la necesidad de una ley de contrato de seguro homogeneizada y uniforme en todo el espacio europeo. La actividad legislativa, que no se vio libre de polémicas, ha sido amplia, aunque se ha centrado más en el ámbito público del derecho de seguros, y más específicamente en procurar primero la libertad de establecimiento, y en un sucesivo momento avanzar hacia la libre prestación de servicios en aras de la libre circulación, pilar de la UE y de los tratados constitutivos de ese gran proyecto más económico que político, para armonizar ciertos elementos de distintos contratos de seguro. También son de gran interés toda la normativa en materia de control, supervisión y liquidación de las entidades aseguradoras, pues sólo de este modo se minimizan los riesgos de indefensión por parte de los asegurados.

La internacionalización del seguro y sobre todo de la actividad aseguradora ni se inician ni tampoco llevan a regulaciones homogéneas, sino al atasco del contenido del contrato dentro de las distintas regulaciones, promulgadas generalmente hace décadas, y provocan que no se ajusten con efectividad a las necesidades actuales, a las modernas técnicas de contratación a distancia y, sobre todo, a los viejos códigos civiles. En cambio, ello no impide que la homogeneidad se consiga en los productos de seguros más recientes, usualmente importados de otros mercados y entornos, y en los que simplemente se copian clausulados o se traducen íntegramente.

Para que los asegurados estén siempre cubiertos se obliga a los aseguradores a mantener un fondo suficiente, integrado por las primas percibidas, para hacer frente a las obligaciones contraídas con sus clientes. En la LOSSP/1995 se describen las fases de este control, que comienza con el otorgamiento de la autorización administrativa previo cumplimiento de una serie de condiciones, destacando las relativas a la suficiencia de garantías financieras iniciales, constitución del capital social o fondo mutual, la presentación de estatutos, inscripción en el registro de entidades, etc.. La normativa comunitaria, para ejercer este tipo de control, distingue dos grandes tipos de seguros: Vida y distintos a Vida (No Vida). La legislación comunitaria ha dictaminado una lista limitativa de ramos, que ha sido adoptada por el Derecho español mediante las disposiciones adicionales de la LOSSP/1995, trabajándose en todo el EEE con los mismos ramos, no en vano las entidades de seguros autorizadas en el ramo de Vida pueden, igualmente, actuar como gestoras de Planes y Fondos de Pensiones y comercializar operaciones de capitalización, autorizados por sus respectivos países de origen. La LOSSP/1995 también consagra el principio de especialización para las entidades de nueva creación y la validez de la autorización administrativa a las entidades ya establecidas. Con la obtención de dicha autorización y efectuada la inscripción en el Registro Mercantil, la entidad tendrá derecho a iniciar el ejercicio de la actividad desde su establecimiento principal o mediante sucursales –ya sea en su estado de origen o en cualquiera de los estados miembros del Espacio Económico Europeo– y, también, en régimen de libre prestación de servicios.

El seguro, por ser una actividad de servicios y no industrial, constituye una prestación eminentemente personal que elimina, en quien la recibe, la necesidad de prestar una atención especial o desarrollar una actividad particular para el logro determinados fines. La prestación del servicio se debe realizar con la certeza que emana de una

organización económica controlada, basada en la compensación de riesgos y fundamentada en un número suficientemente grande de aportes económicos individuales que, en su totalidad, sirva para cubrir aquellos siniestros cuya ocurrencia aleatoria es susceptible de ser calculada matemáticamente.

En resumidas cuentas, la diversidad de las regulaciones y de las normativas específicas, añadida a las peculiaridades que presenta el contrato de seguro hacen que sea muy complicada la posibilidad de una armonización a nivel europeo. Pero también hay que destacar que no todo es discrepancia y distanciamiento, pues al final del camino son más los puntos comunes que los discordantes.

2. Establecimiento y libre prestación de servicios de las empresas aseguradoras

En el sector servicios –contrario a lo que ocurre casi siempre en el sector de bienes o productos– el uso suele ser instantáneo y, por tanto, su utilidad puede estar influida por el factor tiempo tanto para el consumidor como para el vendedor, que aprovechará éste para discriminar en precios, porque que de efectuar el intercambio en el momento específico, habrá perdido para siempre la venta de ese servicio. A excepción de aquellos de naturaleza perecedera, no ocurre lo mismo con los productos, cuya duración es elevada, y en los que se aplica la discriminación en precios a aquéllos que se pueden comercializar con marcas y diseños de envases distintos, dirigiéndolos a segmentos de consumidores diferenciados y que ignorar que se trata del mismo producto. El servicio puede definirse como “proceso de intercambio dirigido a la solución de los problemas y a la satisfacción de las necesidades y deseos de las personas individuales o colectivas y las empresas (que actúan mediante la transferencia recíproca de informaciones, conocimientos, habilidades, trabajo, pertenencia, seguridad o disponibilidad de usar, individual y temporalmente, útiles,

instrumentos o la transferencia de recursos naturales)”³³. Para el cliente o consumidor los servicios representan un conjunto de utilidades funcionales (satisfacciones), simbólicas (psicológicas y de relación) y vivenciales (autorrealización)”³⁴.

El camino hacia la libre prestación de servicios de las empresas aseguradoras no ha sido precisamente fácil dado que las libertades comunitarias han ido implementándose gradualmente, abriéndose paso entre la desconfianza y el desconocimiento, amén del fuerte recelo a perder cuotas de mercado. Ha sido necesario el transcurso de decenios para la supresión progresiva de las restricciones y discriminaciones impuestas a la vez a los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro país miembro de la Unión. El marco jurídico que alberga y regula la actividad aseguradora en el ámbito europeo es el resultado de tres generaciones de directivas, tan prudentes como recelosas, pero que al final han promovido la consecución de una licencia única y desde la máxima apertura a las libertades comunitarias de establecimiento y de libre prestación de servicios³⁵. Pero por otra parte, y no de menor importancia, toda la consecución de ese mercado único asegurador no puede hacerse dejando de lado la necesaria tutela y protección jurídica del consumidor de seguros. De ahí la sólida interdependencia entre la armonización normativa y pública de las entidades aseguradoras en todo el espacio europeo y la realización de contratos de seguro sometidos a regulaciones distintas y distantes, y

³³ J. CHÍAS, *El Mercado son las personas. Marketing de las empresas de servicios*, Barcelona, McGraw Hill, 1992.

³⁴ La forma más usual de clasificar los servicios es en función de las actividades desarrolladas. La Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE) agrupa los servicios en cuatro divisiones, con varias subdivisiones. Dentro del capítulo de servicios, se define a los mismos como “la aplicación de esfuerzos humanos o mecánicos a personas, animales u objetos”.

³⁵ P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARBONELL PUIG, *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, Madrid, Colex 2002, pp. 28 ss; J. BATTALLER GRAU, “Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión”, *Derecho Privado Europeo*, op. cit., pp. 743ss.

por tanto sometidas a las particulares normas de conflicto que cada país tenga o tuviere a bien establecer.

Dentro de estas primeras iniciativas hemos de situar un primer conjunto de Directivas relativas al seguro que configuraron algo arbitrariamente la libertad de establecimiento, una libertad que en todo caso sería controlada y autorizada por los Estados que acogían el establecimiento de una aseguradora de otro estado miembro. Y la razón era evidente, en vista de que las legislaciones nacionales de los distintos Estados miembros de la anterior CE no invitaban a la esperanza en materia de protección al asegurado y en materia de *ratios* de solvencia. Es cierto que con las primeras Directivas se avanzó hacia una mayor colaboración entre los sistemas de control de las autoridades encargadas de la supervisión y el control, pero a la vez se profundizó en una mayor dinamización en los seguros de vida, procediéndose además a una dualidad entre seguros de vida y seguros distintos del de vida, y se relativizaron y eliminaron todas las discriminaciones por razón de nacionalidad de las aseguradoras siempre que su sede social estuviera en un país miembro de la CEE³⁶. En una segunda rueda de Directivas se habilita el logro de la libre prestación de servicios y se endulzan ciertas premisas de las primeras directivas. La autoridad de control continúa siendo la del país de establecimiento y no la de origen, pero sí se progresa en el ámbito de los seguros no vida que cubran grandes riesgos para lo que no se exige autorización del estado de la prestación cuando se actúe en régimen de libre prestación de servicios. Para los riesgos de masa el modelo sigue siendo el de autorización previa del país de acogida así como por el control del país de la prestación en el que se localiza el riesgo. No obstante en los seguros no vida se excluyó de su ámbito el ramo del automóvil que a partir de ese instante se regiría por sus propias Directivas más avanzadas y dinámicas, y a la vez más fácilmente transponibles dada su mayor homogeneidad respecto a su cobertura en todos y cada uno de los estados miembros. Como primicia, estas

³⁶ E. PÉREZ CARRILLO, “Derecho privado europeo y seguro”, *Estudios de Derecho mercantil europeo* (Pérez Carrillo, coord.), Madrid, 2005, pp. 247 ss.

segundas directivas establecieron una libre prestación de servicios tanto activa como pasiva, dependiendo de si la iniciativa de la contratación era del asegurador o del propio tomador, en cuyo caso, la pasiva, se aplicaría el régimen de libre prestación de servicios. El motivo de tal limitación seguía radicando en la falta de una armonización mínima de las legislaciones internas entre los distintos países y la necesaria tutela y protección de los asegurados, quienes ante el desconocimiento de la normativa del país donde se había constituido la entidad aseguradora se veían mejor protegidos si la normativa a aplicar en la de su propio país.

En el momento actual, la actividad aseguradora en el ámbito europeo puede llevarse a cabo por las aseguradoras ya sea estableciéndose directamente y sin más control que el de su autoridad de origen, o a través del régimen de libre prestación, donde el anclaje de la entidad aseguradora en el país de destino o de localización del riesgo es más superficial, y en todo caso, está falto de una estructura permanente, actuando bien directamente desde su sede social bien a través de representantes. Y si el anclaje fijo de una determinada estructura radicada en otro Estado miembro puede darnos la pauta para distinguir o diferenciar las dos libertades, éstas han de completarse además teniendo en cuenta que el carácter temporal de la prestación de servicios se deberá entender con motivo de la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad de la misma. Así se vio reflejado en la STJCE de 30 de noviembre de 1995, Asunto 55/94: *Gebhard*, que resalta que el carácter temporal de la prestación del servicio se determinará en función de la duración de la prestación, de su frecuencia, periodicidad y continuidad de la misma.

Será con las terceras Directivas de seguro cuando por un lado se complete el proceso de armonización de legislaciones con los instrumentos comunitarios imprescindibles para permitir que todo asegurado, al margen de sus características cualitativas y económicas, pueda perfeccionar un contrato de seguro con cualesquiera compañía aseguradora comunitaria que desee, y por otro lado, se instaure definitivamente el sistema de licencia única que permite y habilita a las entidades aseguradoras para ejercer y prestar su actividad en todo el

espacio europeo, tanto en régimen de establecimiento como de libre prestación de servicios. Y es justamente con estas terceras Directivas cuando el establecimiento del Mercado Interior se convierte en una realidad. Cualquier tomador de un seguro, al margen de su condición económica puede contratar un seguro con cualesquiera aseguradoras comunitarias dado que éstas están habilitadas para operar en todo el espacio económico europeo sin obstáculo alguno. A través de esta licencia comunitaria será el Estado de la sede social de la aseguradora quien otorgue la autorización administrativa y ejerza el control y supervisión de la entidad aseguradora.

3. Incidencia de la normativa sobre libre competencia

Quizá uno de los ámbitos en los que más se promueven los acuerdos entre distintas empresas es en el sector asegurador, que se encuentra entre los más competitivos y fluctuantes. Es indudable que la cooperación entre aseguradoras constituye una sólida ayuda para el óptimo funcionamiento del sector. Ahora bien, esos acuerdos y prácticas de colaboración no deben cruzar determinados límites y principios, ya que disimuladamente pueden esconder atentados contra la libertad de concurrencia al mercado. En pocos sectores como el que nos ocupa es más válida la idea de que la normativa comunitaria amparadora de la libre competencia no sólo pretende mantener la competencia y la concurrencia, en el mercado, sino que también intenta reimpulsar la consecución de una integración de los mercados en el tan deseado mercado único³⁷. La consigna es evitar aquellos acuerdos entre aseguradoras o asociaciones de aseguradores capaces de falsear y desnaturalizar la sana y libre competencia. La otra cara de la moneda son aquellos acuerdos, decisiones o recomendaciones que buscan un mejor funcionamiento del sector, más armónico, más ágil y

³⁷ Ma. J. PEÑAS MOYANO, “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: Acerca del Reglamento 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de 2003, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros”, *RES*, 2004, nº 120, pp. 551 ss,

seguro y que, en cierto sentido, redundaba en un beneficio para los asegurados. Aunque en la actualidad no existe controversia en cuanto al alcance de la normativa comunitaria sobre competencia en el sector asegurador, en el pasado remoto la situación fue muy distinta, soslayándose deliberadamente las aseguradoras eran empresas que cuando realizaban su actividad económica también podían incurrir en comportamientos anticompetitivos. Y es que cualquier entidad aseguradora, sea pública, sea privada, es una empresa en el sentido reconocido por el Tratado de la Unión Europea. Determinados consorcios aseguradores nacionales y no nacionales, con su fuerza económica trataron de esquivar directamente la aplicabilidad de las normas de competencia al sector asegurador, y por tanto, intentaron ignorar las reglas del mercado.

La integración de un único mercado asegurador, todavía en busca de su total plenitud, es inseparable de una competencia leal, ambas son entramados esenciales del mercado europeo. Si las aseguradoras nacionales pueden acceder a otros espacios nacionales estableciéndose o no en ellos para realizar su actividad este acceso debe estar libre de toda traba u obstáculo que no impone la ley sino los protagonistas económicos del Estado de destino que tratan de cerrar el camino a través de acuerdos y prácticas concertadas que adulteran la libre competencia y buscan concentrar la oferta y el mercado asegurador en beneficio propio. Es cierto que las estructuras de los mercados aseguradores de los Estados miembros son disímiles tanto en sus características como en sus envergaduras, y hasta hace unos años con una reducida actividad de expansión más allá de sus fronteras. El propio mercado asegurador en España estaba resguardado y blindado de incursiones foráneas y en las que, a excepción de aseguradoras de primera fila, apenas había una mera presencia testimonial de aseguradoras de otros países. De ahí que muchos creyeran que las reglas de la competencia de una u otra forma quedasen extramuros del seguro, no así quizá la competencia desleal. Han sido las resoluciones del TJCE las que han aplicado un punto de cordura y lógica en este ámbito. Para muestra un botón: Las ya clásicas SSTJCE de 27 de enero de 1987 (*Verband der Sachversicherer* y 9 de junio de 1977 (*Van*

Ameyde) que despejaron cualquier duda que negase la posible aplicación de las normas de competencia al sector de la actividad aseguradora. El hecho de que estos acuerdos sean tan frecuentes como extensos ha provocado la elaboración de un reglamento de exención por categorías, de modo que se evitase el análisis breve por parte de Bruselas de cualesquiera acuerdos o decisiones sobre los que existiera la sospecha de tener por intención el impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado único asegurador. Y estas prácticas generalmente quedan guarnecidas ya sea en acuerdos horizontales entre las aseguradoras que buscan principalmente acuerdos de fijación conjunta de tarifas de primas, condicionados tipo de los contratos de seguro, normalización de las exigencias que deban cumplir los equipos de seguridad, el reparto del mercado, las campañas conjuntas y al unísono de lanzamientos de productos, liquidaciones comunes de siniestros, etc., o a través de acuerdos verticales de exclusividad entre las entidades aseguradoras y los intermediarios del seguro, particularmente los agentes de seguro.

Las exenciones a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector asegurador de ninguna manera pueden suponer la eliminación de la competencia en un segmento tan importante y significativo del mercado y, en todo caso, tal exención ha de repercutir en beneficio de los tomadores del seguro y asegurados. De ahí que los acuerdos para limitar o controlar el mercado y en cierto sentido para fragmentarlo han de tomar como referencia o bien el ramo de seguro, o bien los posibles tomadores del seguro, o en su caso, el ámbito geográfico de la actividad. También son usuales los acuerdos de cooperación para el aseguramiento colectivo de un mismo riesgo que una sola aseguradora no es capaz de cubrir, o no tiene la voluntad de cubrir. Pensemos en los coaseguros, en el reaseguro y la retrocesión. En este caso la excepción a ciertas reglas del mercado viene justificada por la necesidad de cooperación entre distintas aseguradoras para afrontar la cobertura de un riesgo determinado. Más problemáticos acaban siendo los acuerdos que afectan a los intermediarios del seguro, pactos que en el fondo suelen disfrazar acuerdos verticales para la fijación del precio del seguro. No debe ignorarse la existencia en el

mercado europeo del seguro de grandes redes de mediadores exclusivos que hacen difícil el acceso al mercado de empresas ajenas a estos pactos de exclusividad suscritos con grandes aseguradoras, que sin duda son una de las grandes amenazas que enfrenta la integración del mercado asegurador.

4. Supresión de discriminaciones

La consideración del sexo del asegurado como factor de riesgo en los contratos de seguro constituye una discriminación. En esta materia resulta obligada la referencia a la STJCE, Gran Sala, de 11 de marzo de 2011 (as. C-236/09: *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL y otros contra Conseil des ministres*). Como es bien sabido, la denominada Directiva de igualdad³⁸ prohíbe toda discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes y servicios y en su suministro. En concreto, prohíbe, en principio, tener en cuenta el criterio del sexo para el cálculo de las primas y prestaciones de seguro en los contratos de seguro celebrados a partir del 21 de diciembre de 2007. No obstante, prevé una excepción según la cual los Estados miembros pueden, a partir de dicha fecha, autorizar excepciones a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, a condición de que los Estados miembros estén en condiciones de garantizar que los datos actuariales y estadísticos subyacentes en que se fundan los cálculos son fiables, se actualizan con regularidad y son accesibles al público. Sólo se permiten excepciones en los casos en que la legislación nacional no ha aplicado ya la norma de primas y prestaciones independientes del sexo. Cinco años después de la transposición de la Directiva, a saber el 21 de diciembre de 2012, los Estados miembros deben revisar la justificación de tales excepciones,

³⁸ Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373, p. 37).

atendiendo a los datos actuariales y estadísticos más recientes y al informe elaborado por la Comisión tres años después de la fecha de transposición de la Directiva.

La asociación de consumidores belga Test–Achats ASBL y dos particulares interpusieron ante el Tribunal Constitucional belga un recurso dirigido a la anulación de la Ley belga que transpone la Directiva. En el marco de dicho recurso, el órgano jurisdiccional belga ha solicitado al Tribunal de Justicia que evalúe si la excepción prevista por la Directiva es válida con arreglo a la normativa de rango superior, concretamente desde el punto de vista del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres consagrado por el Derecho de la Unión. Pues bien en la STJCE de 11 de marzo de 2011 el Tribunal de Justicia destaca en primer lugar que, según el art. 8 TFUE, la Unión, en todas sus acciones, se fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. A efectos de la consecución progresiva de dicha igualdad, incumbe al legislador de la Unión determinar el momento de su intervención, teniendo en cuenta la evolución de las condiciones socioeconómicas de la Unión. El Tribunal de Justicia señala que, a estos efectos, el legislador de la Unión estableció en la Directiva que las diferencias en materia de primas y prestaciones derivadas de la consideración del sexo como factor para el cálculo de éstas debían quedar abolidas a más tardar el 21 de diciembre de 2007. Sin embargo, dado que el recurso a factores actuariales basados en el sexo estaba generalizado en el sector de los seguros, cuando se adoptó la Directiva, el legislador de la Unión estaba legitimado para hacer efectiva gradualmente la aplicación de la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, con períodos de transición apropiados. Para ello el TJ recuerda que la Directiva preveía una excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo, establecida por la propia Directiva, otorgando a los Estados miembros la facultad de decidir, antes del 21 de

diciembre de 2007, la autorización de diferencias proporcionadas para los asegurados en los casos en que la consideración del sexo constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos. Dicha facultad se reexaminará cinco años después del 21 de diciembre de 2007, atendiendo a un informe de la Comisión. Ahora bien, dado que la Directiva no regula la duración de la aplicación de las citadas diferencias, los Estados miembros que hayan ejercido tal facultad pueden permitir que las compañías de seguros apliquen el trato desigual sin límite temporal. Dadas las circunstancias, el TJ consideró que existe un riesgo de que el Derecho de la Unión permita indefinidamente la excepción a la igualdad de trato entre mujeres y hombres prevista por la Directiva. Así pues, un precepto que permite a los Estados miembros afectados mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo es contrario a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre mujeres y hombres y ha de considerarse inválido tras la expiración de un período transitorio adecuado.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia declara inválida con efectos a 21 de diciembre de 2012 la excepción a la norma general de primas y prestaciones independientes del sexo en el sector de los seguros. La Comisión Europea ha adoptado directrices para ayudar al sector de los seguros a aplicar políticas de precios independientes del sexo, después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminara que las primas diferentes para los hombres y las mujeres constituyen una discriminación por razón de sexo. Tras celebrar consultas con los gobiernos nacionales, las aseguradoras y los consumidores, las nuevas directrices de la Comisión responden a la necesidad de contar con orientaciones prácticas sobre las implicaciones de la sentencia. Aspiran a beneficiar tanto a los consumidores como a las compañías de seguros. Las directrices adoptadas se refieren a una

serie de cuestiones que surgieron a raíz de intensas consultas con los Estados miembros y las partes interesadas. Por ejemplo, aclaran que la sentencia se aplicará únicamente a los nuevos contratos, en particular, a los contratos celebrados a partir del 21 de diciembre de 2012. También dan ejemplos concretos de lo que se considera un “nuevo contrato” para garantizar una aplicación completa de la norma de independencia del sexo, a nivel de la UE, a partir de la misma fecha. Además, las directrices ofrecen ejemplos de prácticas en materia de seguros relacionadas con el género que son compatibles con el principio de primas y prestaciones con independencia del sexo y que, por lo tanto, no van a cambiar por la sentencia *Test–Achats*. Estas prácticas son muy diversas, desde el cálculo de disposiciones técnicas hasta la fijación de precios del reaseguro, la utilización de datos médicos o la comercialización específica.

Las implicaciones de la sentencia se trataron el 20 de junio con los Estados miembros y las partes interesadas en el Foro sobre el Género y los Seguros creado por la Comisión en 2009. La sentencia *Test–Achats* no significa que las mujeres pagarán siempre las mismas primas de seguros de automóviles que los hombres. Actualmente, un conductor masculino joven que sea prudente paga más por el seguro de automóvil simplemente porque es un hombre. En virtud de la sentencia, las aseguradoras ya no pueden utilizar el sexo como un factor determinante del riesgo para justificar las diferencias de las primas que paga cada individuo. Pero las primas pagadas por los conductores prudentes, sean hombres o mujeres, seguirán descendiendo en función de su comportamiento de conducción concreto. La sentencia no afecta a la utilización de otros factores legítimos de clasificación del riesgo y el precio seguirá reflejándolo. El sexo es un factor determinante de clasificación de, al menos, tres grandes categorías de productos: los seguros de automóviles, los seguros de vida/seguros de rentas y los seguros de enfermedad privados.

En las tres categorías, es probable que una transición hacia la fijación de precios con independencia del sexo tenga consecuencias

sobre las primas y/o las prestaciones a nivel individual para hombres y mujeres. Dependiendo del producto de que se trate, las primas podrían aumentar o disminuir para determinadas categorías de consumidores. El sector de los seguros es competitivo e innovador. Debería estar en condiciones de hacer tales ajustes y ofrecer productos atractivos a los consumidores independientemente del sexo sin un impacto injustificado en el nivel general de los precios. Las reducciones de precios resultantes de la fijación de precios con independencia del sexo deben transmitirse a los consumidores con el mismo nivel de equidad que los incrementos de precios.

IV. Armonización de las normas concernientes al contrato de seguro

1. Un proceso específico dentro del marco general de unificación del Derecho de los contratos

A) Armonización en los Derechos nacionales aplicables a los contratos de seguros y desarrollo del mercado interior

Los postulados esenciales que rigen la celebración y validez de un contrato de seguro son diferentes en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la UE, a pesar de sus orígenes comunes y de la considerable similitud en su estructura. La unificación del Derecho privado europeo y, dentro de ésta, la unificación del Derecho de obligaciones a lo interno de los Estados miembros, reviste una gran atención en el ámbito del contrato de seguro³⁹. Es indudable la importancia de la actividad aseguradora, al constituir en la actualidad el segundo sector de la economía, sólo por detrás del bancario, dentro del sistema financiero de los países más

³⁹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 157–192.

industrializados. En los últimos años las operaciones internacionales de seguro han alcanzado una significativa importancia en el marco del proceso de integración europeo como prueba la existencia de una cuantiosa legislación comunitaria. No por nada, en mayor medida que la banca, el sector de los seguros está fuertemente reglamentado con la finalidad de la protección del asegurado, especialmente en el caso de los particulares: así por ejemplo tenemos el caso de los “riesgos de masa”. El establecimiento de un sistema de licencia única en virtud del cual la autorización concedida en un Estado miembro para ejercer la actividad aseguradora se explyea a toda la Unión Europea, ha dado lugar a un verdadero mercado único en este importante sector. Desde hace muchos años la creación de un mercado único de seguros ha sido considerada como tarea prioritaria para la Comunidad, ya que este sector se ha distinguido, en todos los Estados miembros, por el sostenido crecimiento del volumen de negocios, como consecuencia del progresivo incremento de la demanda de este tipo de servicios.

El mercado europeo de seguros ha sufrido cambios substanciales que, sobre la base del Acta Única Europea, han tenido su punto culminante en el establecimiento del mercado europeo de seguros, el 1 de julio de 1994. De acuerdo con el art. 8 A del Tratado CE, la creación de un mercado interior de seguros implicó un espacio sin fronteras interiores en el que las entidades aseguradoras puedan ejercer libremente su actividad. El objetivo de la actividad comunitaria en este campo es doble: En primer lugar, facilitar que los ciudadanos de la Comunidad puedan tener acceso a la gama más amplia posible de productos aseguradores, garantizando la protección jurídica y económica necesaria a la hora de realizar una operación de seguros; en segundo lugar, confirmar que las entidades aseguradoras que estén autorizadas en alguno de los Estados miembros puedan ejercer su actividad en toda la Comunidad, tanto en régimen de establecimiento como de prestación de servicios.

La realización del mercado interior ha facilitado notablemente el acceso al mercado de las empresas de seguros no establecidas en una determinada región y, asimismo, se ha organizado a escala europea el acceso al mercado de las empresas establecidas fuera del EEE⁴⁰. Para alcanzar tales objetivos, se practicó una distinción entre los seguros de vida y los seguros no de vida, para con así responder a la especificidad de cada uno de ellos y a la importante función que desempeña el seguro de vida en la formación del ahorro y la previsión a largo plazo. Los esfuerzos se han enfocado en la liberalización generalizada de los mercados de seguros y de los sistemas de supervisión nacionales, con el fin de hacer efectiva la libertad de establecimiento y prestación de servicios y crear un mercado único europeo en el sector. La Directiva de reaseguros (64/225/CEE), cuya actuación quedaba limitada a un ámbito diferenciado desde siempre por la liberalización, representó, no obstante, un primer paso importante en el camino de la eliminación de restricciones.

El Derecho contractual sustantivo de seguros se ha armonizado únicamente en sectores concretos y, dentro de esos sectores, sólo en cuestiones específicas. Hay, por ejemplo, un considerable número de ámbitos legislativos armonizados en el sector de los seguros de responsabilidad civil de los vehículos automóviles⁴¹. Igualmente

⁴⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 595–616.

⁴¹ Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, DO L 103 de 1972, p. 1 (última modificación DO L 8 de 1984, p. 17); segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles, DO L 8 de 1984, p. 17 (última modificación DO L 129 de 1990, p. 33); tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, DO L 129 de 1990, p. 33; Directiva

existen normas comunes en el ámbito del seguro de defensa jurídica⁴². No obstante, la inmensa mayoría de las normas de Derecho contractual sustantivo de seguros, es decir, la parte general que establece normas aplicables a todas las ramas de los seguros, sigue estando sujeta a la legislación nacional. Esta observación plantea inevitablemente la pregunta de si es necesaria o no la armonización del Derecho contractual de seguros para el buen funcionamiento del mercado interior de seguros.

B) Realizaciones concretas

El recorrido histórico es suficientemente conocido a partir de la clasificación de las actividades aseguradoras. Cabe rememorar que la primera generación de Directivas sobre seguros de daños y perjuicios y seguros de vida (73/239/CEE y 79/267/CEE) se enmarcaron en el proyecto de plena armonización de las correspondientes legislaciones y trajeron consigo la eliminación de las restricciones nacionales que imposibilitaban el establecimiento de sucursales en otros Estados miembros; en dichas Directivas se fijaban disposiciones coordinadas de admisión, así como las normas para la provisión de fondos propios mínimos de las empresas de seguros. Específicamente la Primera Directiva de coordinación del seguro directo de vida (Directiva 79/267/CEE, derogada por la Directiva 2002/83/CEE) estableció un conjunto de normas tendente a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento, previsto en el Tratado de Roma, en la actividad aseguradora y, ulteriormente, la Segunda Directiva (90/619/CEE,

2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles), DO L 181 de 2000, p. 65; la Comisión propuso una quinta Directiva el 7 de junio de 2002, COM (2002) 244 final = DO C 227 E de 2002, p. 387.

⁴² Directiva 87/344/CEE del Consejo, de 22 de junio de 1987, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica, DO L 185 de 1987, p. 77.

derogada por la Directiva 2002/83/CE) de coordinación del seguro de vida, organizó la libre prestación de servicios en este sector. A su vez, la Tercera Directiva, de 10 de noviembre 1992 de coordinación del seguro directo de vida, alcanzó la plena realización del mercado interior en la actividad de seguros, con arreglo a los principios de una autorización administrativa única y supervisión de la actividad de la entidad aseguradora por las autoridades del Estado miembro en que esté situado el domicilio social de aquélla.

De forma paralela, en lo relativo a los seguros distintos del de vida, incluidos los seguros obligatorios (si bien algunos ramos u operaciones quedaron excluidos) la Directiva 73/239/CEE fijó un marco jurídico adecuado para propiciar la libertad de establecimiento en el sector, haciendo lo propio en lo concerniente a la libre prestación de servicios la Directiva 88/357/CEE.

Finalmente, la Tercera Directiva de coordinación del seguro añade la coordinación de las normas nacionales en materia de inversión, diversificación y emplazamiento de los activos aptos para inversión de las provisiones técnicas, la legislación aplicable a la supervisión de seguros, las condiciones del seguro y el control material de las pólizas y de los documentos contractuales, y, por último, el acceso a la actividad de seguros y su ejercicio, y la supervisión con arreglo al principio de control por el país de origen. Fuera de los ramos referidos debe recordarse también que se ha regulado la materia aseguradora en relación con el seguro obligatorio del automóvil y con los seguros de crédito y caución.

El régimen descrito permite apreciar la existencia de una serie de principios. En primer lugar se encuentra el “principio de admisión única” en virtud del cual cualquier asegurador autorizado en un Estado del EEE puede ejercer su actividad en otros Estados miembros del EEE sin la necesidad de someterse a ningún otro procedimiento de admisión, y, por tanto, puede operar sin restricciones en todo el EEE mediante el establecimiento de sucursales y en el marco de la libre prestación de servicios. En segundo lugar está el “principio de supervisión en el país de origen” por el cual la autoridad del país en el que la empresa

aseguradora tiene su sede es la que tiene competencia para la supervisión de las actividades económicas globales de la empresa.

Las denominadas “terceras Directivas de seguros” se vieron escoltadas por la Directiva sobre cuentas anuales y cuentas consolidadas de las empresas de seguros (91/674/CEE), que establece una amplia armonización de las cuentas de las empresas del sector. Igualmente, se ha pretendido elaborar a escala europea, sobre la base de la citada directiva sobre cuentas anuales y cuentas consolidadas, una estadística de seguros que se encargue, entre otros aspectos, de los efectos del mercado interior en este ámbito. Estas directivas y las consiguientes modificaciones legislativas supusieron, en muchos Estados miembros, una radical modificación de los mercados nacionales de seguros, caracterizada por la eliminación de cualquier tipo de autorización previa de las tarifas y condiciones de seguro y por el libre acceso de nuevas empresas y productos.

Para los ciudadanos europeos, el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles también reviste especial importancia, independientemente de si son titulares de una póliza o víctimas de un accidente, y a su vez resulta de interés fundamental para las empresas de seguros, ya que en la UE constituye una parte importante del negocio de seguros no de vida. El seguro de vehículos automóviles influye también en la libre circulación de personas y vehículos. Por estas razones, el fortalecimiento y consolidación del mercado interior del seguro de vehículos automóviles debe ser un objetivo fundamental de la actuación comunitaria en el sector de los servicios financieros. Esta es la función de la versión codificada de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad que publica el DOCE de 7 de octubre de 2009. De acuerdo a esta normativa, cada Estado miembro debe tomar todas las medidas útiles para que la responsabilidad civil relativa a la circulación de los vehículos que tengan su estacionamiento habitual en su territorio

esté cubierta por un seguro. Las modalidades de dichos seguros, así como los daños cubiertos, están especificados en el marco de dichas medidas. La referida Directiva ha tenido el acierto de codificar las cinco Directivas sobre el seguro de automóviles, unificando en un único documentos todas las disposiciones hasta ese momento dispersas. Como resultado, se procede a la derogación de las cinco Directivas, con las consiguientes Directivas que las habían ido modificando a lo largo de los años (art. 29): a) Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. b) Segunda Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles. c) Tercera Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. d) Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de mayo de 2000, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE del Consejo (Cuarta Directiva sobre el seguro de vehículos automóviles). e) Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Quinta Directiva).

La armonización descrita se concentró predominantemente en la desaparición de los principales obstáculos para las libertades de establecimiento y prestación de servicios en este sector. Por el contrario, la contribución de las Directivas a la armonización del Derecho del contrato de seguro fue mucho más circunscrita,

centrándose en los deberes de información del tomador del seguro (*disclosure obligations*) y del asegurador (también respecto del agente de seguros), la posibilidad de resolución unilateral por parte del tomador en el seguro de vida y, por último, en el seguro de defensa jurídica (Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica) y en el seguro de responsabilidad civil resultante de la circulación de vehículos automóviles (Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad).

Frente a la imposibilidad de garantizar una protección uniforme del tomador del seguro mediante la creación de un Derecho contractual armonizado, se actuó a través de la creación de un régimen especial de determinación del Derecho aplicable para aquellos riesgos que estuviesen situados dentro de un Estado miembro, contenido hoy en día en el art. 7 Segunda Directiva 88/357 y en el art. 32 Directiva 83/2002, mediante los cuales se crean las normas que servirán de base a las legislaciones nacionales, estableciéndose, en atención del tipo de contrato, distintos niveles de autonomía conflictual.

C) Balance de la situación

No cabe duda de que una de las grandes adversidades a las que se enfrenta el mercado asegurador a nivel europeo, aunque también a nivel mundial, son las ineficiencias generadas por las distintas y dispares normativas que en el plano contractual existen a la hora de regular el contrato de seguro entre los distintos miembros de la Unión. La regulación del contrato de seguro ciertamente tiene puntos en común entre las diferentes normativas pero aún son muchos los aspectos que desafinan y que adoptan soluciones esencialmente distintas. No por menos repetitivo el tema de la unificación del derecho privado europeo es ya una tradición, como lo es también

predicar la unificación del derecho de obligaciones dentro de las fronteras de cada país, situación que existe en España únicamente en el campo del contrato de seguro, pero no en el restante derecho de obligaciones. Y si a duras penas España intenta dotarse a nivel interno de una única normativa, más difícil lo es a nivel europeo, aunque no por ello imposible. La abundante regulación comunitaria sobre los aspectos administrativos y públicos desentona con la raquítica y prácticamente inexistente regulación comunitaria en el ámbito del contrato de seguro. Llegó el momento de emprender la misión de adaptar el contrato de seguro y especialmente su regulación jurídica a las nuevas exigencias del mercado en búsqueda de su mayor eficacia y eficiencia.

Y para ello se debe comenzar, en primer lugar, por la propia LCS dado que muchas cosas han cambiado en estos treinta y dos años desde su promulgación en 1980, algunas para bien y otras sólo el tiempo lo dirá. Será difícil concebir la actividad asegurada en los parámetros diseñados por la vieja norma si no se considera, entre otros, el espacio económico europeo, pese a las oportunas reformas y readaptaciones llevadas a cabo sobre todo a través de distintas y consecutivas armonizaciones de Directivas que en todo caso son insuficientes y parciales si lo que se pretende es lograr un mercado único asegurador en plenitud. El ideal es avanzar con firmeza hacia un mercado único asegurador verdaderamente integrador, quizás no tanto desde luego hacia una Europa política, y en la que la armonización de las diferentes legislaciones es una premisa básica e ineludible, y desde luego, también lo son las leyes sobre el contrato de seguro, sin olvidar el fracaso a fines de los años setenta de una Directiva específica sobre contrato de seguro. Y si no es posible avanzar en este sentido y en esta pretendida armonización al menos, si no unificación, han de uniformizarse las normas de conflictos para mitigar las divergencias existentes a la hora de saber cuál es la Ley aplicable. Pero las soluciones conflictuales no están libres de polémicas y de críticas. Su principal obstáculo es el que corta el acceso a mercados extranjeros tanto a las aseguradoras como a los propios asegurados, dado que entre otros extremos los costos se disparan exponencialmente.

Imaginemos los costos económicos de transacción de la operación, pero pensemos también en los déficits de información tanto legal como litigiosa que luego se producen⁴³. La internacionalización está llamando a la puerta con gran fuerza y pronto será una realidad en el contrato de seguro si no lo es ya, no sólo en los grandes riesgos, sino también en los miles por no decir millones de pequeños contratos de seguro que los ciudadanos van celebrando a lo largo de sus vidas y en los lugares más cercanos o más distantes. Las empresas de seguro se expanden y llegan a cualquier rincón comunitario o no, sea de forma física o virtual, y con ellas llegan los contratos en grandes cantidades. Los nuevos mercados, la apertura supranacional y su interdependencia, la aparición de nuevos riesgos y toda una revolución en las tecnologías de la información y la comunicación, más ágiles y dinámicas a la par que una profunda desintermediación en los tradicionales pero también nuevos canales de distribución de bienes y servicios demandan normas jurídicas capaces de satisfacer y dar acertada y cumplida respuesta a semejantes exigencias. De su superación o de su no reforma depende en gran parte el futuro del contrato de seguro. Y esta necesidad es la misma para todos y cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, que deben encaminarse si no a una unificación de regímenes sí al menos a una convergencia real entre los sistemas jurídicos connacionales que preserven la estabilidad de un mercado único. Las actuales regulaciones jurídicas del contrato de seguro en los distintos Estados miembros de la UE no deben permanecer indefensos ante tales retos, tampoco rehenes o cautivos de las intereses nacionales que, en vez de aproximarlos, los estancan. Pensemos por un momento y sólo entre los países de la UE las enormes diferencias que existen por ejemplo en la fijación del término de duración del contrato de seguro. Es cierto que este extremo en muchas oportunidades es producto de la

⁴³ Por ejemplo, afectando de forma general a las cláusulas declaradas abusivas, por falta de información, del contrato de seguro de vida comercializado cabe referirse a la STJCE (Sala 6ª) 5 de marzo de 2002 relativa a la información obligatoria que debe facilitarse al tomador del seguro. Esta Sentencia realiza un examen de la Directiva 92/96 /CEE a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'Appel* de Bruselas.

modalidad de aseguramiento ante la que las partes se enfrentan y de las normas de cada país, pero lo que está claro es que en el ámbito comunitario no existe hoy en día una sintonía en cuanto al máximo o al mínimo término de vigencia de un contrato de seguro. Para algunos países la duración la marcan las concretas leyes del seguro, en otros, viene determinado por la “voluntad” de las partes, o para ser más precisos, de la entidad aseguradora. Lo que impera por tanto es la disparidad, o una excesiva influencia de las condiciones redactadas e impuestas por cada aseguradora, que en todo caso matizan la libertad contractual. Y los ejemplos se multiplican, pensemos así en las distintas medidas que restringen la libertad contractual en determinadas leyes del seguro nacionales⁴⁴. Por su parte, las técnicas de contratación a distancia han experimentado un asombroso avance y las leyes del seguro de los distintos miembros del espacio europeo no pueden dar la espalda negándose a incorporar ya tales realidades económicas y jurídicas. Probablemente la contratación a distancia se está convirtiendo en la mejor medicina para la integración del mercado asegurador a nivel europeo. Es cierto que el impacto y peso emocional que se tiene con la posesión física de una póliza y con su condicionado tiene difícil comparación con su disponibilidad por vía electrónica o telemática, y por supuesto el asunto cambia diametralmente en caso de una contratación telefónica. Es necesario superar las ya obsoletas ideas que el contrato de seguro supedita su perfeccionamiento a la emisión efectiva de la póliza, sobre todo si ésta se entiende y emite única y exclusivamente del modo tradicional.

Adicionalmente, las exigencias del tráfico mercantil y, en especial del sector asegurador, impiden una discusión detallada, calmada y

⁴⁴ No en todos los países la libertad de pactos es establecida de un modo tan abarcador como en España. Por ejemplo en la Ley de Seguros de Consumo de Suecia la protección al asegurado consumidor es manejada con tal vehemencia, al extremo de obligar a la aseguradora a contratar un seguro cuando se le presentan solicitudes de seguro en concretos ramos y concretas coberturas que son las más usuales de un consumidor. El desgaste de la necesaria bilateralidad no quiebra por la imposición o predisposición de una aseguradora, sino por *voluntas legis* que ampara y protege al asegurado en este caso de manera verdaderamente excesiva.

pormenorizada de los contratos, por lo que necesariamente han irrumpido los contratos tipo con una estructura rígida y una marcada predeterminación.

Y este fenómeno está tan arraigado que da igual que la aseguradora sea nacional, comunitaria o internacional, la forma de operar será la misma. A hora bien, no por ello hemos de ignorar y menos silenciar el altísimo costo que puede tener para un asegurado el celebrar un contrato con una aseguradora de otro Estado que presenta además una información deficiente, oscura y compleja. Así tenemos que de conformidad con la STS de 1 de julio de 2010:

“No cabe confundir el carácter potestativo del reconocimiento de ciertos derechos a favor de los consumidores y correlativa inexigencia de información en relación con aquellos con el deber de claridad e integridad de la información que se facilita, tanto si es imperativa como si responde a decisiones comerciales facultativas de la aseguradora, desde el momento en que es susceptible de incidir en las decisiones de los consumidores”⁴⁵.

Aunque este tipo de contratación se verifique mediante esta técnica, no puede ser excusa bajo ningún concepto para una disminución de la información, de fallos o déficits de la misma. Por eso el legislador comunitario ha puesto un especial énfasis en la abundancia de un derecho de información del tomador del seguro tanto si la contratación se hace con una aseguradora nacional como no nacional, ya sea en régimen de libre prestación como en régimen de establecimiento. Y este derecho del tomador se convierte al mismo tiempo en una obligación jurídica para la parte que predispone las condiciones del contrato –la entidad aseguradora–, que debe plasmar e incorporar en contrato y sus cláusulas la información, preparación y experiencia de que dispone en su actuación empresarial en el tráfico, de donde debería resultar una regulación más o menos ajustada a la que se habría producido de haberse revelado esa información y preparación y haberse negociado, discutido y regateado sobre su base con los solicitantes del

⁴⁵ RJ 2010\6554.

seguro. Se trata de perfeccionar, con base en el principio de buena fe aquellas relaciones de confianza, una confianza que evite precisamente las carencias de información y conocimiento y sirvan a su vez para minimizar los costos de transacción y los costos de información. Dentro de este marco de información transparente debe quedar claro cuál es la legislación aplicable al contrato de seguro, si la nacional del asegurado o la nacional del asegurador comunitario. La transparencia además cumplirá una singular función no sólo en el momento de la celebración del contrato sino a lo largo de toda su vigencia, y que se proyectará inseparablemente sobre las posibles consecuencias jurídicas que su falta o su desviación puede acabar creando. Precisamente en este momento los requisitos de inclusión de las condiciones generales alcanzan su momento cumbre, en especial los que se refieren a las exigencias de claridad, sencillez y concreción en la redacción de las cláusulas. Cuando el art. 3 LCS impone al asegurador la obligación de entregar una copia del condicionado que habrá de estar redactado de forma clara y precisa lo hace en aras de facilitar el comportamiento del asegurado, y lo que es más importante, para su conocimiento de las previsiones que han de resultar de los hechos que se produzcan durante la vigencia del contrato, esto es, tanto la posibilidad de que el asegurado adherente pueda reaccionar oportunamente frente al incumplimiento del asegurador predisponente, como en general, conocer la situación legal en caso de que se interponga una acción judicial.

El objetivo que se persigue es facilitar el comportamiento y actitud del tomador una vez verificado el siniestro, que conozca a qué puede esperar y cómo proyectar su actuación y su conducta frente a la aseguradora, sus peritos y sus abogados. Si de la lectura del condicionado en este momento el alcance de los derechos y obligaciones de las partes resulta ininteligible o incluso inaccesible para el asegurado de poco han servido los requisitos de inclusión y la transparencia del contenido del clausulado. La falta de legibilidad puede crear una situación de inactividad o pasividad por parte del tomador del seguro que le impide comunicar la declaración del siniestro y, en consecuencia, reclamar cualquier indemnización. Si el

adherente ignora o sólo conoce parcialmente su situación jurídica, le puede llevar a aceptar como legítimos comportamientos, actitudes e incluso exigencias de la aseguradora sin sustento en el régimen previsto en las condiciones generales⁴⁶. La realidad cotidiana nos muestra que la adhesión es una declaración que se realiza normalmente y, de modo habitual, sin hacer un examen previo y detenido del contenido del contrato, el adherente manifiesta con su firma que se da por enterado de la existencia de tales condiciones y acepta, en definitiva, la regulación normativa que el predisponente se propone ejecutar a través del condicionado. Los requisitos de inclusión no tienen la función de garantizar que la adhesión sea un verdadero consentimiento contractual, sino que antes de la celebración del contratado se garantice que el adherente está en las plenas condiciones para saber que el contrato se regula por condiciones generales y saber además, cuáles son éstas tanto en su forma, alcance como contenido, aunque en definitiva esta aspiración normativa queda como un simple ideal, puesto que el contenido técnico de todo contrato de seguro hace casi imposible que un consumidor medio comprenda en detalle la totalidad de derechos y obligaciones establecidos. Se trata pues de un presupuesto necesario y legalmente suficiente para que la adhesión despliegue los efectos que le atribuye el régimen jurídico de las condiciones generales. Debe tenerse en cuenta, por ende, que la adhesión es una declaración que se efectúa de modo habitual sin realizar un examen previo y minucioso del contenido del documento. Este comportamiento no ha de estimarse negligente por sí mismo y, por consiguiente, no hay motivo para aplicar a la adhesión el mismo régimen que se aplica a las declaraciones negligentes. En vista de lo anterior, se debe ser aún más cauteloso cuando el tomador contrata con una aseguradora no nacional y con una sede social distante que en base a ese pasaporte comunitario ofrece sus servicios libremente en el país de destino.

⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, *op. cit.*, p. 202.

2. *Soluciones conflictuales y soluciones materiales*

A) Determinación del Derecho aplicable

Como puede observarse, la unificación descrita no ha logrado acabar con la existencia de conflictos de leyes en el sector de los seguros de la UE. Como ha puesto de manifiesto S. SÁNCHEZ LORENZO:

“... la propia armonización del Derecho internacional privado requiere la armonización del Derecho material. La unificación del Derecho internacional privado también sufre los mismos problemas de interpretación deforme que el Derecho civil y mercantil, porque, a la postre, se nutre de los mismos conceptos y principios. Para que un Derecho internacional privado uniforme funcione armónicamente requeriría un alto grado de armonización de los Derechos materiales. Baste recordar los problemas que ha supuesto para el Derecho internacional privado europeo las distintas concepciones acerca del domicilio, el lugar de ejecución del contrato”⁴⁷.

Efectivamente, siguen existiendo dos regímenes diferenciados en atención a si el riesgo cubierto por el contrato está situado dentro o fuera de un Estado miembro. En el primer caso se aplican las normas de Derecho autónomo, fruto de la transposición de las Directivas europeas correspondientes⁴⁸, y que en el Derecho español están

⁴⁷ S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho patrimonial europeo*, Cizu Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003, pp.363–381.

⁴⁸ Las disposiciones comunitarias en materia de Derecho internacional privado en el sector de los seguros indican que un asegurador se ve obligado, en realidad, a adaptar sus pólizas al marco jurídico del Estado miembro donde se venden. Con arreglo a las letras a) y h) del ap. 1 del art. 7 de la segunda Directiva sobre el seguro distinto del seguro de vida, la legislación aplicable al contrato de seguro es la del Estado miembro donde se sitúa el riesgo y, de conformidad con el apartado 1 del art. 32 de la Directiva sobre el seguro de vida, la legislación aplicable es la del Estado miembro del compromiso. El lugar donde se sitúa el riesgo o el lugar del compromiso está determinado, en la mayoría de los casos, por la residencia habitual del asegurado. Las Directivas conceden autonomía de las partes únicamente de forma limitada y, de ese modo, no evitan los problemas

recogidas en los arts. 107 a 109 LCS; en el segundo caso, y también para cualquier contrato de reaseguro con independencia del lugar de situación del riesgo, se ha aplicado hasta la fecha el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y en la actualidad por el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RR I). Esta insensata distinción, así como las diferencias radicales de concepción y contenido de ambas regulaciones, hacían esperar con interés las novedades que el RR I podía aportar. Aunque lamentablemente el nuevo art. 7 de esta norma ha defraudado las expectativas depositadas.

El referido Reglamento forma parte del conjunto de acciones mediante las cuales se está produciendo la progresiva comunitarización del Derecho internacional privado. Como establece su considerando 7: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con los instrumentos que tratan sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. Por tal razón, antes de proceder a un estudio sistemático del mismo, es aconsejable realizar un análisis de las realizaciones concretas de ese proceso de “comunitarización” en el ámbito del Derecho contractual.

La regulación del Derecho aplicable al contrato de seguro se establece en una abundante normativa comunitaria que está en vigor en España al haber sido incorporada a su ordenamiento desde hace ya algunos años. Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I, había una coexistencia de las normativas conflictuales previstas en determinados preceptos del Convenio de Roma de 1980, y en otros contenidos fundamentalmente en las segundas directivas de las tres generaciones de instrumentos de esta naturaleza sobre seguros y

anteriormente descritos asociados a la venta de contratos transfronterizos por parte de los aseguradores. En el ámbito de los seguros de vida, el Estado miembro del compromiso puede conceder la autonomía de las partes; de lo contrario, las partes sólo gozan de una posibilidad muy limitada de elegir la legislación aplicable.

sus transposiciones a los ordenamientos internos de la UE, siendo el caso de España los arts. 107 a 109 LCS.

Para solucionar el problema de la concurrencia de regímenes se utilizaba la combinación de dos criterios: A) La tipología de contratos de seguro. B) El lugar de localización del riesgo cubierto.

Sobre el criterio del lugar de localización del riesgo cubierto hace referencia el art. 1.3º del Convenio de Roma⁴⁹, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos de seguro destinados a la cobertura de riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la entonces CEE, sometiendo así a normativas diferentes los riesgos susceptibles de ser objeto de los contratos de seguro, y en vez de establecer un criterio uniforme de determinación del lugar del riesgo, trasladó dicha carga al ordenamiento interno del Estado miembro al que perteneciera el juzgador competente para conocer el fondo del asunto en el caso concreto.

En este aspecto el Convenio de Roma recibió duras críticas por la remisión a la *lex fori*. Así por ejemplo, FUENTES CAMACHO lo censuró:

“por las graves contradicciones e insalvables lagunas a que solían dar lugar las diferencias que en torno al particular presentaban los ordenamientos internos de los Estados miembros, por el aumento del riesgo de *forum shopping* que suponía la combinación entre el repetido reenvío y el ya de por sí amplio abanico de posibilidades que pone a disposición de la parte débil demandante su normativa específica de protección prevista en el sistema Bruselas/Lugano, y por funcionar como fuente generadora de una falta de uniformidad, de una excesiva ampliación de la autonomía privada y de un tratamiento diferente de situaciones similares”⁵⁰.

⁴⁹ Artículo que no era aplicable a los contratos de reaseguro, tal como matizaba el art. 1.4º del Convenio de Roma.

⁵⁰ V. FUENTES CAMACHO, “Los Contratos Internacionales de Seguro Antes y a Partir del Reglamento de Roma I”. En *Revista Española de Seguros*, Nº 140,

Se hizo necesario, dados los inconvenientes planteados por el art. 1.3º del Convenio de Roma, establecer una noción de “lugar de riesgo” que cuando menos fuera armonizada, lo cual se logró mediante el artículo 2.d) de la Segunda Directiva No Vida⁵¹, mediante una regla general subsidiaria, válida para todos los supuestos que se introducen con carácter previo a título de excepciones para determinadas subespecies de contratos de seguro⁵². Tales ramos específicos son los seguros relativos a bienes inmuebles, a vehículos de cualquier naturaleza y a viajes de corta duración, en relación a los cuales el riesgo se entiende localizado respectivamente en el Estado miembro de situación del inmueble, en el de la matrícula del vehículo o en el de suscripción de la póliza.

Para los restantes casos, el riesgo se considera situado en el Estado miembro de residencia habitual del tomador si es una persona física o en el lugar de su establecimiento si se trata de una persona jurídica.

Habiendo repasado el criterio del lugar de localización del riesgo cubierto, veamos el criterio de la tipología de contratos de seguro, que se aplicaba en combinación para solventar el problema de la

oct.– dic. 2009, p. 620. Más extensamente, *vid.* las consideraciones del mismo autor en: *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*. 1ª Edición. Madrid, Editorial Civitas, 1999, pp. 94–98. Por su parte B. UBERTAZZI señaló sobre el primero de los tres inconvenientes del art. 1.3 del Convenio de Roma, su falta de precisión en lo relativo a la ley rectora de la póliza de seguro y el hecho de que no tutela adecuadamente los intereses de las aseguradoras profesionales ni los de la colectividad en general (*Vid. Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 2008, p.s 89–90).

⁵¹ Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados.

⁵² *Vid.* su estudio realizado por B. DUBUISSON: *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace cmmunautaire intégré*. Tesis doctoral. Universidad Católica de Lovaina La Nueva, 1994, pp. 157–172.

conurrencia de regímenes sobre la ley aplicable a los contratos internacionales de seguro. Dentro de este criterio podemos considerar como primera categoría los contratos de seguro directo. Con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I, el régimen de determinación del derecho aplicable había sido el previsto en distintas normas de conflicto del Convenio de Roma según concurriesen o no determinadas exigencias de protección del tomador. Por la ausencia de tales exigencias se caracterizan los seguros de grandes riesgos, que se sometían al régimen general de los arts. 3 y 4 del Convenio de Roma con los siguientes patrones: autonomía de la voluntad plena en las condiciones del art. 3 como conexión principal y, en defecto de elección, la ley del Estado con el que el supuesto se hallase más estrechamente vinculado (artículo 4.1º), concretada mediante la presunción general del art. 4.2º en la del de la sede del asegurador, susceptible de ceder por incidencia de la cláusula de excepción del art. 4.5º. Por el contrario, los seguros de masa y de vida caracterizados por la presencia de un tomador identificable como parte débil quedaban sometidos a la normativa conflictual específica y materialmente orientada del precepto, con la importante limitación establecida por las disposiciones materiales imperativas del ordenamiento del Estado de residencia habitual del tomador como límite a la autonomía de la voluntad asignada a dicha ley por su apartado segundo o, en caso de ausencia de elección, con el papel de conexión subsidiaria que le atribuía el tercero.

La segunda modalidad de los seguros directos atañe a los destinados a cubrir riesgos cubiertos por aseguradores establecidos en la UE. Se subdividen en los de vida y los distintos de ellos como consecuencia de la diversidad de regímenes previstos para unos y otros en las tres generaciones de directivas sobre la materia. El régimen de determinación de la ley aplicable anterior al del Reglamento de Roma I se consagraba en los arts. 7 y 8 de la Segunda Directiva No Vida,

transpuestos al ordenamiento interno español mediante el art. 107 de la LCS, y giraba igualmente en torno a la distinción entre los seguros de masa y los seguros de grandes riesgos: autonomía de la voluntad plena en idéntica medida que en el art. 3 del Convenio de Roma para las partes en los segundos; autonomía de la voluntad limitada en los primeros, bien con carácter absoluto en los casos de coincidencia en el mismo Estado miembro de los lugares del riesgo y de la residencia habitual del tomador (que se sometían imperativamente a la ley de dicho Estado). O bien con carácter relativo en los de no coincidencia de las dos referidas conexiones a las leyes, según los casos, de los Estados miembros en que se situase el riesgo, tuviera su residencia habitual el tomador —su administración central, si era persona jurídica— o sobreviniese el siniestro (que se configuraban como supuestos de elección limitada), y en defecto de elección, sumisión de ambas clases de seguros a la ley del Estado miembro con el que el contrato presentase los vínculos más estrechos, que se presumía ser del riesgo definido en los términos previamente señalados al hacer referencia a su función delimitadora, a la que se añade esta otra de punto de conexión.

En vista de lo anterior, el Título IV de la LCS que contiene las “Normas de Derecho Internacional Privado”. Este título fue introducido por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados (Segunda Directiva No Vida). Posteriormente, fue modificado por la disposición adicional sexta de la Ley LOSSP/1995.

La Ley española sobre el contrato de seguro será aplicable, en atención al Título IV de la LCS:

Al seguro contra daños y a los demás seguros distintos al de vida, en los siguientes casos (artículo 107):

Cuando el riesgo esté localizado en territorio español y el tomador del seguro tenga en él su residencia habitual, si es persona física, o su domicilio social o sede de gestión administrativa y dirección de los negocios, si es persona jurídica.

Cuando el contrato se celebre en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por la ley española.

En los contratos de seguro por grandes riesgos, las partes podrán elegir libremente la ley aplicable.

Por su parte, el art. 1.3 d) de la LOSSP/1995, nos indica cuál es el Estado miembro de localización del riesgo.

Lo dispuesto en los casos previamente identificados, tal como establece el art. 107.6º LCS, “se entenderá sin perjuicio de las normas de orden público contenidas en la ley española, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato de seguro contra daños. Sin embargo, si el contrato cubre riesgos localizados en varios Estados Miembros del Espacio Económico Europeo se considerará que existen varios contratos a los efectos de lo previsto en este número y que corresponden cada uno de ellos únicamente a un Estado”.

En lo que respecta a los seguros de vida que dan cobertura a riesgos localizados en la UE, desde la perspectiva española su ley rectora debía determinarse en virtud del sistema de normas de conflicto enunciadas sucesivamente en los arts. 4 de la Segunda Directiva Vida y 32 de la Tercera, incorporadas al ordenamiento interno español a través del art. 8 LCS; preceptos, todos ellos, caracterizados por la preponderancia que atribuían a la ley del Estado miembro del compromiso (definido como el de residencia habitual del tomador si es persona física o de su sede social si es persona jurídica), que se manifiesta en la aplicación imperativa de la referida ley como regla general y en las concesiones excepcionales a la autonomía de la voluntad que suponían, por una

parte, la posibilidad de una elección limitada a las leyes de los Estados miembros del compromiso y de la nacionalidad del tomador si el mismo era nacional de un país distinto del de su residencia habitual, y, por otra, la prevista sólo en la Directiva mas no en su transposición española de ampliar la elección a una ley distinta de la del Estado miembro del compromiso si el ordenamiento de dicho último Estado lo permitía⁵³.

Por lo tanto, la Ley española sobre el contrato de seguro será aplicable, en atención al Título IV de la LCS:

Al seguro sobre la vida en los siguientes casos (art. 108):

i) Cuando el tomador del seguro sea una persona física y tenga su domicilio o residencia habitual en territorio español. No obstante, si es nacional de otro Estado perteneciente al Espacio Económico Europeo distinto de España, podrá acordar con el asegurador aplicar la ley de su nacionalidad. Sin embargo esta potestad de elección de la ley aplicable al contrato de seguro de vida se encuentra normativamente limitada, tal como lo impone el art. 108.2º LCS, por el sometimiento del contrato, cualquiera que sea la ley aplicable al mismo, a las “disposiciones imperativas vigentes en España sobre este contrato”, que deberán ser aplicadas por los Juzgados y Tribunales españoles para la resolución de controversias.

ii) Cuando el tomador del seguro sea una persona jurídica y tenga su domicilio, su efectiva administración y dirección o su principal establecimiento o explotación en territorio español.

⁵³ Para un estudio de las previsiones consagradas en los preceptos mencionados de las Segundas Directivas Vida y No vida, *vid.* M. FRIGESSI DI RATTALMA: *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padua, Cedam, 1990, pp. 166–178 y 215–218.

iii) Cuando el tomador del seguro sea una persona física española con residencia habitual en otro Estado y así lo acuerde con el asegurador.

iv) Cuando el contrato de seguro de grupo se celebre en cumplimiento o como consecuencia de un contrato de trabajo sometido a la ley española.

Para finalizar este resumen sobre la dualidad de regímenes vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento Roma I, no puedo soslayar que el régimen establecido en las Directivas de Segunda Generación fue blanco de bastantes reproches, sobre todo por las denuncias de sus dos más graves insuficiencias:

i) Que no ha servido para lograr su objetivo general consistente en alcanzar una auténtica armonización de legislaciones, dadas las diferencias existentes entre las normativas nacionales de transposición elaboradas por los legisladores de los distintos Estados miembros, inmejorables en algunos casos ante las diversas omisiones y/o deficiencias que en otros obligan constantemente a recurrir a correctivos.

ii) Que no ha servido para alcanzar su objetivo más específico, de protección de la parte débil presente en determinadas modalidades de contratos de seguro, porque en conexión con ello y en parte debido también a ello, el sistema de las Directivas no ha resultado en la práctica tan protector como se pretendía⁵⁴.

Tras revisar las características y críticas a los inconvenientes derivados de la previa dualidad de regímenes, la situación existente a partir de la entrada en vigor del Reglamento Roma I consiste en una solución con un rasgo que lo identifica y lo diferencia de los demás que

⁵⁴ Sobre las variadas críticas hechas al régimen previsto en las Directivas de Segunda Generación, Cf. V. FUENTES CAMACHO, *op. cit.*, p. 624.

lo precedieron, y que es su decidida opción por regular el problema de la ley aplicable a los contratos de seguro en todas sus modalidades, se localice donde se localice el riesgo cubierto, con una voluntad globalizadora, pretendiendo poner fin a la dispersión normativa característica del marco legal previo.

Sin embargo, el anteriormente mencionado cometido no fue cumplido de manera cabal, ya que según un autorizado sector de la doctrina no basta que cumpliera con la superación de la diversidad de instrumentos vigentes durante la situación previa a su entrada en vigor, sino que también era necesario que acabara con la diversidad de soluciones fruto de la coexistencia entre el Convenio de Roma y las Directivas sobre seguros.

Como explica GARCIMARTÍN ALFÉREZ, ello se debió al compromiso que quiso lograrse entre las dos siguientes decisiones de política legislativa: reducir la dispersión de textos mediante la inclusión de todas las normas de conflicto sobre seguros en el Reglamento y no modificar sustantivamente el *status quo*. Pero que exista una explicación no significa que la misma equivalga a una justificación válida. Combinar un avance con un retroceso supone privar al primero de su eficacia, dando lugar a un resultado que quien con tanta claridad identifica la razón que lo motivó, tiene que reconocer en los términos más expresos que no es absolutamente satisfactorio⁵⁵.

El retroceso comentado por GARCIMARTÍN ALFÉREZ se refleja, por ejemplo, cuando el ap. 1 del art. 7 del Reglamento confirma el criterio del lugar del riesgo en su función delimitadora, nuevamente en combinación con el criterio tipología de contratos de seguro.

⁵⁵ Cf. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, año XXIX, Nº. 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, p. 23.

También se puede incluir en esta categoría de “perfectibles”, la reglamentación que efectúa el ap. 3 del art. 7 del Reglamento, en cuanto a la ley rectora de los seguros de masa y de vida que cubran riesgos intracomunitarios, deslindados exactamente del mismo modo que durante la fase de vigencia del Convenio de Roma y las Directivas de los que dan cobertura a riesgos extracomunitarios, con la consiguiente sumisión de estos últimos a la normativa especial sobre contratos de consumo del art. 6 o, de no concurrir las circunstancias configuradoras del supuesto regulado por ese último precepto, a la general de los arts. 3 y 4.⁵⁶ El único cambio destacable, en palabras de FUENTES CAMACHO, “reside en que se trata de disposiciones que, en lugar de contenerse en una directiva, se contienen en un reglamento que, por lo demás, mantiene íntegramente las soluciones que dispensaba al problema de determinación del *ius* que constituye su objeto el régimen vigente con anterioridad y también, en consecuencia, la mayor parte de sus inconvenientes, que desde hace tiempo venían demandando ser remediados”⁵⁷.

Pero como toda normativa objeto de crítica también ha de tener su lado ponderable, quiero adherirme a la conciliadora y sabia reflexión del ya citado y renombrado profesor FUENTES CAMACHO, quien apostilla que “en sede de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de seguro el mismo cabe hallarlo en la única ventaja que, frente a todos los inconvenientes, presenta la normativa contenida en el Reglamento: por tratarse de un régimen obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable, al menos se evita de

⁵⁶ Discriminación entre los seguros de masa y de vida que cubren los riesgos intracomunitarios y los de esas mismas clases preordenados a la cobertura de riesgos extracomunitarios que correctamente ha sido criticada por B. UBERTAZZI en paralelo con aquella otra que se deriva del modo en que el artículo 7 del Reglamento viene a privilegiar la aplicación de la normativa comunitaria frente a los ordenamientos de terceros Estados (*op. cit.* p. 91–92).

⁵⁷ V. FUENTES CAMACHO, *op. cit.*, p. 633.

antemano el inconveniente de las directivas comunitarias sobre la materia constituido por el riesgo de transposiciones imperfectas y/o incompletas que, contrastadas con otras características por su hasta ahora total corrección, nos llevaron hace poco más de diez años a cuestionar la consecución por las Directivas del fin último que persiguen, constituido por el logro de una auténtica armonización de legislaciones”⁵⁸.

Cualquier propuesta de modificación tendrá que esperar pacientemente hasta que el 17 de junio de 2013 venza el plazo fijado en la cláusula de revisión del Reglamento (art. 27.1º), fecha en que la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del Reglamento Roma I y propuestas de modificación.

3. Una normativa europea para el contrato de seguro de aplicación opcional

A) Principios de Derecho europeo del contrato de seguro (PEDCS)

Tanto las organizaciones de consumidores como las asociaciones de profesionales de seguros han venido reclamando desde antiguo la necesidad de una mayor armonización del Derecho en materia de contratos de seguro⁵⁹. En sus Comunicaciones sobre “Derecho contractual europeo”⁶⁰ y sobre “Un Derecho contractual europeo más

⁵⁸ *Ibid.*, p. 634.

⁵⁹ En 1986, el *European Consumer Law Group* llamó la atención sobre la necesidad de que exista cierto grado de armonización entre las legislaciones de los Estados miembros relativas a los contratos de seguro y enumeraba los aspectos de las relaciones contractuales de seguro que, en su opinión, debían ser objeto de armonización (“ECLG–Consumer Insurance”, en *Journal of Consumer Policy*, 1986, pp. 205–228).

⁶⁰ COM (2001) 398 final de 11.7.2001 (DO C 255 de 13.9.2001).

coherente — Plan de acción”⁶¹, la Comisión subrayó a este respecto que, en opinión de algunas de las entidades consultadas, el sector de los contratos de seguro es uno de los que más problemas plantean en el ámbito de los servicios financieros por la existencia de “diferencias de las normativas nacionales” aplicables, por lo que, en este sector, se debería considerar la posibilidad de “establecer una mayor convergencia entre dichas normativas para hacer compatibles la necesidad de que las normas nacionales sean más uniformes y la de mantener la innovación y la libre elección de productos”, que debería constituir incluso una prioridad en la “acción de seguimiento del plan de acción sobre la mejora de la legislación”⁶².

Una valiosa opción reguladora se encuentra en la elaboración de una normativa europea para el contrato de seguro de aplicación opcional. Así ha sido propuesto tanto por la Comisión Europea en su comunicación sobre un “Derecho contractual europeo más coherente: un plan de acción” y por el Comité Económico y Social Europeo en su dictamen “El europeo”. Con esta premisa viene trabajando el grupo de investigación “La unificación del Derecho” que es parte de la red de excelencia “Principios comunes del Derecho europeo de los contratos”, financiado por la Comisión Europea. La primera versión de los “Los principios de Derecho europeo del contrato de seguro” (PDECS) fue entregada a la Comisión Europea 17 de diciembre de 2007. Estos comprenden las disposiciones generales aplicables a cualquier contrato de seguro (exceptuando el reaseguro) y las disposiciones especiales aplicables a los seguros indemnizatorios y a los seguros de sumas (como los seguros de vida).

⁶¹ COM (2003) 68 final de 12.2.2003.

⁶² Plan de acción, ap. 74. Cf. igualmente los aps. 27, 47 y 48 del mismo documento.

Los PEDCS han sido pensados para servir al legislador europeo como reglas modelo, desarrolladas a partir de un análisis de Derecho comparado de los diversos ordenamientos nacionales y del cúmulo cognoscitivo comunitario en Derecho del seguro. Estos han sido dispuestos como un “instrumento opcional” que faculte a los aseguradores y tomadores del seguro elegir estos principios en lugar del Derecho nacional del contrato de seguro, incluyendo el Derecho imperativo. La adopción de los PEDCS haría posible que las entidades aseguradoras brindasen sus servicios en todo el mercado interior, basándose en normas uniformes que establecen un elevado nivel de protección para el tomador del seguro y, por otro lado, los ciudadanos europeos tendrían acceso a productos aseguradores foráneos.

Los mencionados principios se encargan de la fase precontractual y contractual del seguro, centrándose en el derecho–deber de información tanto del solicitante como de la aseguradora, recalando en ambas partes “la imputación de una información íntegra, veraz, objetiva y proporcional”. Además establecen la consensualidad del contrato de seguro y la libertad probatoria, incluyendo el testimonio oral.

Los principios también hacen alusión a la delimitación de los riesgos, lo cual forma parte de la oferta precontractual. El problema se encuentra en las cláusulas que desnaturalizan la cobertura del seguro. Si no son abusivas, por lo menos son ilegales y la consecuencia es la represión de quien genera la lesividad. Algunas cláusulas están listadas como abusivas, otras están sujetas a interpretación. La póliza de seguro se consagra como el documento que “recoge, norma y prueba el contenido regulatorio” del contrato.

La prima o “el método para su cálculo”, acapara un interés especial en estos principios, así como el vencimiento de las mismas cuando son sucesivas, el lugar y la forma de pago.

Como toda instrumento opcional se caracteriza porque su aplicación depende de la voluntad de las partes contratantes. No se trata de ofrecer una regulación que sustituya al Derecho nacional del contrato de seguro, sino de facilitar una alternativa que se constituiría como una nueva regulación diferenciada de las ya existentes en los países miembros de la Unión Europea. Dentro de los instrumentos opcionales podemos mencionar dos modelos diferenciados:

En primer lugar, el llamado *opt-in*, en el que la utilización del instrumento es consecuencia de la manifestación expresa de las partes contratantes en someterse al mismo. Una muestra de instrumento *opt-in* bastante conocido por los mercantilistas, aunque fuera del Derecho de los contratos, se encuentra en el Reglamento de marca comunitaria, en el Reglamento comunitario de modelos y dibujos industriales y en el más reciente Reglamento de sociedad anónima europea. En cambio, el Convenio de Viena sobre compraventa internacional, donde su art. 6 permite que las partes excluyan la aplicación del Convenio al concreto contrato es un ejemplo del segundo modelo de instrumento. La elección de una fórmula u otra ha sido una cuestión discutida, aunque parece imponerse la opinión de quienes exaltan las ventajas del instrumento *opt-in*, especialmente en materia de seguros.

En segundo lugar tenemos el instrumento *opt-out*, que se distingue por admitir que las partes excluyan su aplicación a través de una manifestación expresa de voluntad. En otras palabras, si el instrumento es calificado de *opt-in*, la omisión sobre su aplicación acarrearía que se acudiese sin más a la normativa nacional; en cambio si es *opt-out*, el resultado es justo el contrario: se aplicará el instrumento en detrimento de la normativa nacional. La modalidad de instrumento *opt-out* es más apropiada para regímenes completamente dispositivos y como es de todos conocido el contrato de seguro en

España está caracterizado de una imperatividad que reconoce unos derechos mínimos a la parte contractualmente más débil. A su vez, se ha señalado que si se formula como *opt-in* existe el peligro de convertir este instrumento en algo completamente marginal dentro del mercado asegurador, por ser una regulación artificial y extraña a los operadores jurídicos nacionales.

En cualquier caso un instrumento opcional puede jugar un papel de gran importancia en el sector asegurador en la UE como resultado de las ventajas que reporte a los operadores. El instrumento opcional reemplaza al Derecho nacional, una vez las partes hayan decidido mediante el contrato que será el régimen aplicable a su relación jurídica. En consecuencia, cuando las partes de un seguro han decidido someterse a su imperio, el contrato se regirá exclusivamente por el instrumento opcional y, obviamente, por la autonomía de la voluntad como es natural en el Derecho de los contratos. En este punto es necesario aclarar que el Derecho nacional deja de proporcionar un estándar mínimo de protección universal en ese Estado. La incorporación del instrumento opcional a través del contrato no confiere a su régimen de naturaleza contractual. El Derecho nacional no prevalece en su carácter imperativo sobre el régimen del instrumento opcional cuando este último sea menos tuitivo. La elección de la las partes lleva a que se aplique un régimen u otro de forma unitaria y por tanto excluyente. En consecuencia, la sumisión al instrumento opcional supone la sustitución del Derecho nacional, incluyendo lógicamente los mandatos imperativos que contiene. De no hacerlo así, cercenaría la misma función del instrumento opcional: alcanzar una aplicación uniforme en todo el territorio de la Unión Europea.

Queda entendido que los tribunales no podrían tratarlo como a un Derecho “extranjero” elegido por las partes; por lo tanto, principios

como el de *iura novit curia* serían aplicables y no habría restricciones para el acceso a los tribunales supremos nacionales o al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lo que no es siempre sucede cuando se aplican un Derecho extranjero o los principios generales procedentes de un ordenamiento distinto; de la misma manera, los organismos que ofrecen mecanismos de solución extrajudicial de conflictos y de compensación no podrían negarse a admitir un asunto alegando su sometimiento a un Derecho extranjero.

La derogación del Derecho imperativo que los ordenamientos nacionales han promulgado para la protección de la parte débil del contrato ha de tener como producto un nuevo régimen que ofrezca igualmente un alto nivel de protección a los asegurados. El instrumento opcional en ningún caso puede convertirse en una vía de salida por la que puedan fácilmente escapar las aseguradoras. Más bien la alternativa entre ambos regímenes debe fomentar un común denominador: un elevado nivel de protección. Ahora bien, establecida esta normativa tuitiva de los derechos del asegurado, el resto de asuntos ha de avocarse a la autonomía de la voluntad de las partes, sin que el instrumento opcional impida el desarrollo de nuevos productos ni interfiera en la libertad de las partes para determinar el resto del clausulado. La interpretación e integración del instrumento opcional no puede hacerse desde los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, puesto que el instrumento ha de ser autónomo, evitando que se mezcle con los diferentes Derechos nacionales. Solamente un cuerpo normativo independiente de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados de la Unión Europea puede lograr el ponderado objetivo de la unificación. Hacerlo de otra forma reproduciría los mismos problemas que se pretenden sortear.

La primera ventaja consiste precisamente en dejar intactos los diferentes derechos nacionales. Se elude el problema económico,

porque esta permanencia permite a los contratos ya vigentes continuar sin modificación alguna. Dentro de ese mismo orden de ideas, tampoco debe desestimarse que la continuidad de los diferentes regímenes nacionales supone salvar un problema que se sitúa en el vértice del fracaso de la Directiva sobre contrato de seguro: la formidable dificultad que representa conciliar diferentes concepciones jurídicas, especialmente el *common law* y el *civil law*. Es un tema importante si atendemos a las consecuencias económicas que acarrearía una reforma, como conclusión de enfrentarse dos mercados extremadamente desarrollados en los que un cambio del producto ofertado, y a esto es conllevaría una reforma de la regulación sobre el contrato de seguro, podría desembocar en que el competidor obtuviera una ventaja competitiva de impredecibles dimensiones económicas.

La segunda ventaja consiste en lograr un régimen uniforme en toda la Unión Europea. Es precisamente aquí, en su enorme utilidad práctica y en los beneficios que se manifiestan en diversos planos, donde, a mi juicio, residirá el éxito en la implantación en el mercado asegurador del instrumento opcional y no en la bondad intrínseca de la unificación.

CAPÍTULO II

CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

I. Noción de condiciones generales de la contratación

1. Aproximación conceptual

A) Conformación de la “operación adhesiva”

El Derecho privado tradicional está inmerso en una crisis atribuible al fenómeno del consumo, como producto de la sociedad de mercado. Esta crisis también afecta a herramientas del Derecho privado tradicional como el contrato y la responsabilidad civil en tanto mecanismo de tutela resarcitoria contra los daños. La clásica concepción del contrato del Código Civil napoleónico, que atesoró la igualdad jurídica de la Revolución Francesa, se cimentó sobre el consensualismo, la autonomía de la voluntad de las partes, la fuerza de ley de lo acordado y el efecto relativo de los contratos. Habida cuenta que las partes se encontraban en situación de paridad, lo pactado poseía fuerza obligatoria otorgada por la libertad para autodeterminarse, que sobrevenía en la ley del negocio. Así las cosas, el libre consentimiento, prestado exento de vicios como el error, el dolo o la violencia, hacía que los contratos celebrados con las solemnidades exigidas fueran irrevocables, y se entendía como justo todo aquello que las partes intencionalmente habían estipulado, y debía ser respetado y obedecido. Este esquema funcionó durante un largo período. Sin embargo emergieron en el escenario diversos y nuevos fenómenos surgidos de la industrialización y la producción en masa, que dejaron en evidencia que, en

una economía de mercado, pregonar que los hombres son libres e iguales y que eso justifica el respeto de la autonomía privada convertida en dogma, es una fantasía que se convierte en injusticia.

El Derecho no puede pasar por alto esa ilusión. Tan sólo basta con analizar las formas de contratación moderna para percibir que en el rejuego de la libre oferta y demanda una de las partes está completamente desprovista de poder de negociación y que, al suscribir el contrato, se encuentra marcada por su debilidad económica y de conocimientos, lo cual entorpece su capacidad de elegir libremente, que no puede tener influencia en el mercado, y que no tiene la posibilidad material disponer de la información suficiente para tomar decisiones en igualdad de condiciones. Esta desigualdad afecta a los más débiles y hace destacar una realidad de vulnerabilidad orgánica que amerita una protección especificada.

El Derecho privado tradicional, planteado como régimen de protección de la persona singular en su propiedad, en sus relaciones con sus pares (todos con libertad e igualdad para autodeterminarse en el contrato) muestra claras limitaciones para hacer frente a situaciones en las que no está presente el equilibrio en la bilateralidad del contrato (ni igualdad en el poder de negociación), y en las que hay situaciones de necesidad e inferioridad económica y jurídica. Luego entonces, comienza a pensarse en reglas para que el mercado deje de ser un supuesto anterior e inadecuado al Derecho, y se lo integra.

Si existe algún sector del Derecho de los contratos donde la acción de las condiciones generales de la contratación⁶³ sea absolutamente relevante,

⁶³ Resulta tópico referirse aquí a la distinción efectuada por J. GARRIGUES cuando diferenció las condiciones generales de los contratos de las condiciones generales de la contratación. Las primeras son aquellas cláusulas, impuestas por las empresas a sus clientes, que deben aceptarse íntegramente sin que quepa ningún tipo de discusión precontractual. Las empresas, basándose en su poder económico, en su preeminencia y en la desigualdad de posiciones que existe en la contratación en masa, redactan sus contratos y los ofrecen a todos aquellos que quieran contratar con ellas. Por su parte, condiciones generales de la contratación, que siendo esencialmente lo mismo que las anteriores, se diferencian de ellas en que no es un sólo empresario el que las redacta y se las ofrece a su clientela, sino que son impuestas por un grupo, asociación o sector de

parece innegable que éste ha de ser el del seguro. Desde hace mucho tiempo las entidades aseguradoras han sido proclives a la estructuración de sus relaciones contractuales en base a sistemas uniformes, estandarizados o mediante condiciones generales. Los distintos legisladores han intentado controlar en alguna medida estos sistemas, dejando a un lado la posible justificación de carácter económico de este fenómeno. Esto ha sido, entre otras razones, porque el clausulado general era el soporte o herramienta fundamental para delimitar las responsabilidades derivadas del riesgo asumido y asegurado.

En cuanto a la relevancia de la expresión “contratos de adhesión” y si la misma tiene una significación distinta de las “condiciones generales de la contratación”, y en su caso las potenciales relaciones entre ambas expresiones. El contrato de adhesión, que surge gracias a lo que J.C. REZZÓNICO denomina la “operación adhesiva”⁶⁴, nace tras la aceptación de las condiciones generales (más las particulares, de haberlas). Son dos facetas del mismo fenómeno complejo. En honor a la verdad, el protagonismo de las condiciones generales se revela en un momento previo

empresarios, con lo cual su campo de aplicación es mayor, pues en casi todos los contratos de una determinada rama o sector comercial, imperan las mismas normas y todos los contratos se encuentran sometidos a las mismas e idénticas cláusulas. La importancia de esta distinción se manifiesta en la posible naturaleza de fuente de Derecho de las condiciones generales de la contratación (cf. J. GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, 2.^a ed., revisada y puesta al día conforme a la Ley de 8 de octubre de 1980, Madrid, 1983). Por su parte F. DE CASTRO diferencia entre las “condiciones generales de la contratación” y las “condiciones generales de los contratos en particular”, distinguidas en que, éstas sí y aquéllas no, son sometidas a la firma del cliente. Para este autor, se trata, más que de unos tipos diferentes de condiciones generales, de la diversa función que a ellas se les atribuye o se les puede atribuir en cada caso. En un supuesto, las condiciones generales se consideran como declaración de un empresario, grupo o asociación, que establecen las normas a que han de ajustarse sus contratos; en el otro, se refieren a un determinado contrato, en el que, mediante la aceptación presunta o la firma del cliente, las condiciones entran a formar parte de su contenido (cf. DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2.^a ed., Madrid, 1985).

⁶⁴ J.C. REZZÓNICO, *Contratos con cláusulas predispuestas*, Buenos Aires, Atrea, 1987, p. 205.

a la celebración del contrato; se manifiestan cuando la empresa preelabora el grupo de cláusulas que tiene intención de introducir en una serie de negocios. Y esto nos lleva a afirmar que la mejor forma de comprender la relación entre los dos conceptos se logra incorporándolos en una sola fórmula: “contrato de adhesión a condiciones generales”. Si son entendidos bajo esta perspectiva la diferencia entre estos dos conceptos es bien acertada, y permite deducir que las condiciones generales, antes del acto de adhesión, no tienen naturaleza contractual. Serían un contrato *in status nascendi*, pero aún no es propiamente un contrato. Únicamente adquieren la virtualidad obligacional, tras el consentimiento; antes, no son otra cosa que unas buenas intenciones del predisponente. Las condiciones generales son propósitos indeterminados de normalización de futuras relaciones jurídicas; el contrato es, en cambio, la realización, la culminación y el principio de esta relación. No obstante, una vez celebrado el contrato por adhesión a condiciones generales, lo predispuesto, las cláusulas preelaboradas alcanzan el valor de cláusula contractual e integran el contrato de adhesión, ya sea en su totalidad o en una parte de este.

Se suele reconocer como autor de la expresión “contratos de adhesión” al jurista francés R. SALEILLES⁶⁵, y la misma ha sido admitida de forma unánime tanto por la doctrina como por jurisprudencia y si bien se pueden aislar conceptualmente las nociones de “condiciones generales” y de “contratos de adhesión”, lo cierto es que en la praxis se emplean de forma indistinta una u otra expresión.

Con la frase “condiciones generales” se hace alusión al momento de formulación del contenido del contrato, a la manera en que los términos de este han quedado fijados⁶⁶. En tanto que con el término “contratos de adhesión” se hace referencia a la imposición a un de las partes del contenido de dicho contrato; como se ha explicado se trata de dos facetas del mismo fenómeno complejo, que confirma la conexión de ambas expresiones, lo que ha facilitado confirmar que los “contratos de adhesión” no son otra cosa que contratos celebrados en base a “condiciones

⁶⁵ Vid. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901.

⁶⁶ E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

generales” previas. Para F. DE CASTRO “... se designan como tales condiciones los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales y comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar... mediante tales condiciones se eliminan *a priori* los tratos previos entre las partes; una de estas el empresario se ha atribuido el papel de predisponer o dictar conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración de contrato concreto, las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación se redactan en la forma abstracta y articulada y que se acostumbra en las leyes”⁶⁷.

Habiendo conocido mediante una breve aproximación cuál es el perfil de las condiciones generales de la contratación a través de las definiciones transcritas, es el momento de señalar, también sucintamente, cuáles son los problemas que plantean y que nos servirán de plataforma para el posterior desarrollo en la contratación internacional. Como señala J. ALFARO ÁGUILA-REAL, el objeto problemático en nuestra doctrina ha pasado de la discusión en torno a su naturaleza jurídica normativa (expresión de voluntad unilateral del predisponente que se dirige no a un individuo sino a una colectividad indeterminada) o convencional al estudio de los sistemas de control de las condiciones generales de la contratación en el ámbito del Derecho del consumo. En la actualidad parece estar fuera de toda duda el carácter contractual de las condiciones generales de la contratación y su inserción en la disciplina jurídica general de contrato. También existe un consenso recalcado sobre la idea de una necesidad de control de estas condiciones; la importancia de los intereses que convergen en la contratación en masa es demasiado relevante como para desatender el resultado de su ponderación a la libertad individual, a la libertad contractual que, definitivamente no lo es cuando la aceptación, el acuerdo de voluntades, no es más que una quimera que refleja una real imposición de voluntad.

⁶⁷ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2ª ed., Madrid, 1985.

La característica específica de los “contratos de adhesión” bajo condiciones generales viene representada por la predeterminación de su contenido por una voluntad unilateral, que se impone a la voluntad de la otra parte del contrato, sin que esta tenga ninguna posibilidad de alterar, intervenir o influir en los términos de tal contenido. A este rasgo característico se agrega otro igual de significativo: se trata de contratos pensados en contemplación de determinados círculos del tráfico jurídico y para una diversidad (más o menos extensa) de situaciones contractuales que se repiten de forma semejante ante necesidades humanas iguales. En otras palabras, se trata de contratos en los que se precisa su contenido no en base a las necesidades o requerimientos individualizados de la persona que se adhiere a los términos del contrato, sino que tal persona se limita a someterse a un contenido que ha sido predeterminado tomando como referencia a las necesidades sujetas a consideración objetivamente por el predisponente del contrato; sólo de modo excepcional las consideraciones individuales de la parte débil son asumidas en el contrato y a través de las denominadas “condiciones particulares”, fijadas como excepción a los términos generales del contrato.

Una última cualidad de los “contratos de adhesión bajo condiciones generales” es la de contemplar intereses generales o colectivos en los que es posible observar la confluencia de los intereses particulares de las partes del contrato, con intereses generales de la colectividad que explican la intervención del Estado no solamente en el control del contenido de dichos contratos, sino incluso estableciendo un sistema de autodefensa de la parte más débil del contrato que se califica bajo la figura del “consumidor”, mediante el cual se persigue aumentar la protección del individuo que se adhiere al contrato permitiendo que sus intereses sean asumidos por entidades colegiadas que congregan a personas afectadas por idénticos intereses.

Hacer una aproximación conceptual a la contratación bajo condiciones generales resulta menos complicado si se hace un análisis en contraste con los contratos individualizados o por negociación. Éstos son la más pura manifestación del principio jurídico de autonomía de la voluntad, según el cual el contrato es Ley entre las partes porque ha sido consecuencia de la

decisión individual de cada uno de sus suscriptores y de manera más específica del ejercicio de su libertad contractual⁶⁸.

El pensamiento inserto en los Códigos Civil y de Comercio de inspiración francesa, responde a concepciones antiguas, donde regía la más absoluta obediencia a la autonomía de la voluntad y a la literalidad de las cláusulas de los contratos, soslayando la verdadera y fiel intención genética del contrato que, por no estar escrita, no era tenida en consideración. A pesar de que la desigualdad en la contratación siempre estuvo presente, la concepción liberal antigua no la tomaba en cuenta. El principio de autonomía de la voluntad tuvo su período de esplendor hasta mediados del siglo XIX, ya que era apropiado al contexto económico y social imperante, sin embargo de la mano con el progresivo movimiento industrial de esa época se incubó una actividad económica de concentración de capitales que gradualmente fue creando más y más desequilibrios entre los contratantes. Desde hace ya bastante tiempo, la autonomía privada, columna básica de la libertad de contratación, se encuentra seriamente afectada por distintos fenómenos de la contratación moderna, tales como la intervención del Estado, la contratación con monopolios, la técnica al servicio del contrato, la uniformización de las relaciones contractuales, etc⁶⁹.

En un lenguaje muy general podemos considerar que son las cláusulas que regulan los contratos de adhesión redactadas por el empresario o parte fuerte en el contrato para utilizarlas en todos los instrumentos que vaya a perfeccionar con sus clientes, consumidores o usuarios sin posibilidad de que éstos las negocien o modifiquen, previendo todos los aspectos de la relación entre uno y otros. Con ello se facilita la perfección de un gran número de contratos en poco tiempo y con unos medios personales muy

⁶⁸ Para E. VÁZQUEZ DE CASTRO, entre la autonomía de la voluntad y la libertad contractual existe una relación de género a especie, al atribuir a ésta un carácter más específico, refiriéndose a la manifestación del principio de autonomía únicamente a los contratos (Cf., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia, Tirant lo Blanch 2002, p. 18).

⁶⁹ J. SANTOS BRIZ: “Contratos fácticos y atípicos – El contrato como objeto de otro contrato”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XX, Madrid, 1996, p. 303.

reducidos, lo que reduce el coste y permite ofrecer productos o servicios más baratos. Dado que en la redacción de estas cláusulas contractuales no existe negociación por estar redactadas por una sola de las partes del negocio sin contar con la otra, con frecuencia la parte fuerte—empresario genera una regulación que, *prima facie*, le favorece y que es susceptible de perjudicar a la otra parte.

Las condiciones generales que producen ese desequilibrio contractual se denominan “cláusulas abusivas”. La moderna legislación tiende a proteger al consumidor de los posibles abusos de quienes ostentan una posición dominante en la relación contractual, otorgando soluciones especiales distintas a las que provee por el sistema clásico. Existe una normativa específica de la UE y de todos los países, así como en otros muchos Estados, para regular las condiciones generales y tratar de evitar que sean abusivas.

B) Función primordial

Estas cláusulas no aparecieron en el tráfico jurídico de la noche a la mañana, como una creación antojadiza de sus autores, sino que tuvieron que esperar la presencia de determinadas circunstancias económicas que hicieran indispensable su concurrencia. Estas circunstancias deben ponerse necesariamente en conexión con el fenómeno de la revolución industrial, que como más adelante detallaremos en el apartado de origen y evolución, es el origen indiscutible desde el punto de vista histórico, de la aparición de las condiciones generales. El progreso de la economía moderna hace tiempo que ha generalizado su uso, de manera que difícilmente hoy podríamos sustraernos, en la mayoría de los casos, a esta elaborada forma de contratación, producto de la astuta combinación de los contratos paritarios con los contratos estipulados por adhesión. Sin embargo, esto no significa que su empleo masivo por parte de los operadores económicos haya sido uniforme en todos los ámbitos ni tampoco en todos los países, pues ello obedece al grado de concentración de las actividades productivas y de distribución. En cualquier caso, las condiciones generales constituyen, hoy por hoy, una institución autónoma dentro del Derecho de obligaciones con su propia dinámica y régimen jurídico. El ámbito propio de las mismas

puede enfocarse tanto a las relaciones entre empresarios y consumidores como a las que se establezcan únicamente entre empresarios o profesionales.

La función primordial e inicial de las condiciones generales de la contratación es posibilitar la contratación en serie, de manera que se puede dar salida al mercado a la producción de las empresas modernas, con el más pequeño costo posible. La utilización de un formulario rígido, raras veces alterable y susceptible de negociación por las partes, da lugar a una reducción tal en el proceso de negociación que permite que se puedan perfeccionar una gran cantidad de contratos en un transcurso mínimo de tiempo y con la participación de un número muy reducido de vendedores o intermediarios, lo que facilita un mayor avance en las economías de escala.

En la legislación comparada se han propuesto varias definiciones de condiciones generales de la contratación⁷⁰. Por ejemplo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación española, en su art. 1, disponía: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, en su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁷¹.

Como consecuencia de la diversidad de bienes y servicios, la situación en la que se encuentra el consumidor presenta matices distintos, según la esfera concreta en la que se realice la contratación de aquéllos⁷². Aunque en todos los casos concurre su debilidad frente al empresario, existen circunstancias objetivas (diferentes bienes y servicios) y subjetivas

⁷⁰ S. ESPIAU ESPIAU (ed.), *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

⁷¹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Art. 1. Ámbito objetivo”, en A. MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ y L. DIEZ- PICAZO (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

⁷² A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 1 LGDCU”, en AAVV., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios*, R. BERCOVITZ y J. SALAS, J. (coords.), Madrid, Civitas, 1992, p. 25.

(diferentes niveles de ingreso y de educación en los consumidores, distintos tipos de necesidades), que aconsejan el ajustamiento de los sistemas de protección conforme el ámbito contractual de que se trate. Ello condice a la existencia de unas cláusulas que aparecen en contratos elaborados por parte de las empresas prestadoras de servicios con objeto de concertarlos con una pluralidad indeterminada de consumidores o usuarios, sin que se produzca con éstos una negociación individualizada de cada cláusula concreta.

El resultado es que una de las partes “impone” el contrato, no siendo negociable su contenido y la otra se convierte en un mero “adherente” sin tener la posibilidad de negociar. Son ejemplo de cláusulas abusivas, entre otras, las que impongan a los adherentes limitaciones de los derechos que les corresponden como consumidores, las que impongan al consumidor el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones aún cuando el profesional no hubiera cumplido los suyos o las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin a estos contratos.

En la actualidad, la gran mayoría de los contratos que celebra una persona común y corriente, por mucho de que disponga de recursos para negociar, son de adhesión, esto es, contratos en los cuales las cláusulas son predispuestas por una de las partes contractuales de manera que la otra no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas en su conjunto⁷³. Estos contratos existen debido a una situación inicial de desigualdad entre las partes contratantes, producida por la participación de una que, favorecida por una particular fuerza contractual, impone su esquema a la otra en el sentido que le advierte: “lo tomas o lo dejas”⁷⁴. Esto implica que los clientes están desprovistos posibilidad alguna de negociar el

⁷³ J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991, pp. 38 ss.

⁷⁴ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, en CICU – MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, 1968, vol. XXI, t. I, p. 422.

contenido del contrato, que éste les viene suministrado de manera inmodificable, resultándoles la única opción de contratar o no hacerlo; en el supuesto que lo hagan, mediante la rúbrica de un formulario uniforme, se afirma que el simple hecho de tal suscripción – adhesión – representa la emisión del consentimiento puntual para la formación del contrato, la aceptación de la oferta contenida en ese formulario, una acuerdo de voluntades suficiente para supeditarlo contractualmente, puesto que demuestra su beneplácito con el mismo, su deseo de convertirlo en *lex contractus*, sin que tenga ninguna relevancia el que no haya disfrutado de la menor oportunidad para discutirlo o, en su defecto, cambiarlo⁷⁵. Los beneficios de los contratos de adhesión son mayormente aprovechados (que no únicamente) por las grandes empresas, en especial las multinacionales. La nueva legislación comparada (nacional e internacional) viene incorporando los elementos imprescindibles por los que se encuentra disputando la doctrina, esto es, fortalecer el Derecho y adecuarlo a los nuevos acontecimientos y necesidades propias del mundo actual.

Solamente una de las partes fija las condiciones en los contratos de adhesión, lo redacta, establece todas las pautas del mismo, y la otra, sin posibilidad de lidiar o consensuar, se limita sólo a aceptar el contrato tal como se le presenta o bien apartarse de él. Por lo tanto las partes están en situaciones claramente disímiles. En ellos el contenido contractual se determina con anticipación, por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir el otro contratante que desee perfeccionar la relación jurídica obligatoria. En algunas oportunidades aparecen en una “carta intención”, donde aparece el contratante débil haciendo una propuesta, aunque esta práctica puede enfrentarse a la interpretación real del contrato, porque se intenta enmascarar el escenario real (contrato predispuesto) con una carta propuesta efectuada por la parte débil. De esta manera, el dominante quiere que no se tome el contrato como tal sino que en apariencia sea el contratante débil el que le hace la propuesta para luego no poder alegar posición dominante. La desigualdad no es sólo económica, sino que se ve manifestada en todos los aspectos de la relación comercial,

⁷⁵ Cf. R. DURÁN RIVACOBÁ, “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, *RDP*, 2000, p. 119.

incluidos los logísticos y los operativos. Por todas estas consideraciones la regla del *favor debilis* debe tenerse entendida como la protección a la parte más débil.

En la elaboración anterior cabe advertir, sin embargo, una serie de variantes: a) contratos discrecionales: aquellos cuyas estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes; b) contratos predispuestos: cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; c) contratos celebrados por adhesión: en el caso del contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada (obligada) a declarar su aceptación. Todos ellos se caracterizan porque no contemplan una oferta para la discusión o para la negociación.

Es indudable su ventaja para las grandes corporaciones al permitir la acelerada circulación de bienes y servicios en una economía de masa, pero también es indudable que mediante su empleo se llega a estropear la libertad de opción de las personas. El equilibrio estará, entonces, en hallar y aplicar el adecuado control a las condiciones generales y particulares impuestas al contratante “débil”.

La autonomía de la voluntad incluye, en el caso de los contratos negociados, dos aspectos que son fundamentales en el discernimiento de la presente tesis doctoral: la libertad de celebrar o no un contrato y con quién va a hacerlo (libertad de conclusión), y la libertad de establecer el contenido del mismo (libertad de configuración interna); pudiendo determinar las cláusulas, pactos, términos y condiciones que tengan por convenientes⁷⁶, que a su vez producen obligaciones entre ellas (como dispone el art. 1255 Cc).

Se entienden entonces a los contratos individualizados a la luz del factor de negociación, en los que la negociación individual e igualitaria es

⁷⁶ El aspecto fundamental del principio de libertad contractual lo señala K. LARENZ en su *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 65, cuando asevera que al ponerse ambas partes de acuerdo, por propia y libre voluntad sobre determinadas prestaciones y obligaciones, resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra, y ambas están en situación de valar por su propio interés.

producto de iniciativas libres y espontáneas (libertad contractual), y constituyen, modifican o extinguen los derechos y obligaciones que satisfagan sus deseos o necesidades particulares⁷⁷: En éstos las partes se encuentran en plena igualdad, debaten, crean y vuelven a crear si así es necesario el contenido del contrato, en todo o en parte, hasta que por último manifiestan su consentimiento como resultado de la negociación.

Entiéndase que toda obligación nacida del contrato no es exigible por sí misma, sino que encuentra su carácter vinculante en el respaldo del ordenamiento jurídico, siendo la Ley la fuente de derecho que presta al contrato y sus relaciones creadas, modificadas o extinguidas la exigibilidad jurídica comentada⁷⁸.

C) Tipología

En términos generales, se viene estimado que una cláusula es abusiva cuando contiene una estipulación que no se ha negociado individualmente y causa al consumidor, con vulneración del principio de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración y naturaleza de los bienes o servicios; y el art. 10.3º LGDCU en su nueva redacción exige que las cláusulas contractuales se ajusten a la buena fe, y al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes y así se entienden por abusivas aquellas cláusulas por las que: a) las que excluyan o limiten la responsabilidad legal del profesional en el cumplimiento del contrato, b) exoneración o limitación de responsabilidad en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión suyas; c) liberación

⁷⁷ Art. 1257 Cc: “Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.”

⁷⁸ J. CASTRILLO SANTOS, “Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos”, *ADC*, 1949, p. 566.

de la responsabilidad del profesional por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor si puede engendrar merma de las garantías de éste; d) cuando se carga sobre el consumidor soportar las consecuencias económicas de errores administrativos que no le sean imputables; d) exclusión o limitación de la obligación de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes, limitar el efecto al cumplimiento de determinadas formalidades; e) desproporción en las cláusulas penales; f) imposición de renunciaciones o limitaciones a los derechos del consumidor; entre otras, la exclusión o limitación de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional; g) falta de reciprocidad en cuanto a los derechos y deberes de las partes; entre otras, cuando el consumidor se compromete a cumplir todas sus obligaciones aun cuando el profesional no hubiera cumplido las suyas, las que facultan al profesional a retener las cantidades abonadas por el consumidor sin que se prevea una indemnización equivalente cuando el que renuncia es el profesional, la facultad de resolución del contrato de forma discrecional por el profesional y niega esta facultad al consumidor, reserva al profesional la facultad de resolución de un contrato con plazo y se niega este derecho al consumidor, las que prevén el compromiso firme del consumidor frente al reconocimiento a favor del profesional de supeditar el cumplimiento de su prestación dependiendo únicamente de su voluntad; las que afectan a la resolución del contrato por parte del profesional sin aviso al consumidor, sumisión del contrato a Leyes extranjeras; imposición de la carga de la prueba al consumidor con carácter general. No obstante, por efecto de la aplicación de la Directiva 93/13, se ha estimado que dichas cláusulas limitan el derecho del consumidor al suprimir u obstaculizar su ejercicio de acciones judiciales o recursos, varias son las sentencias de nuestro Tribunal Supremo en tal sentido.

Dentro del género de las cláusulas abusivas, se reconoce una serie de cláusulas denominadas por la doctrina extranjera como *sorpresivas*, las

cuales se presentan cuando los efectos que de ellas se derivan, se constituyen, además de desfavorables, en notoriamente inesperados para un consumidor común (*Überrumpelungseffekt*) y que en todo caso lo son para el adherente a quien se le aplica, de manera que existe una incompatibilidad entre los efectos esperados o previsibles de éstas y los jurídicamente procedentes según su formulación, a juzgar según lo inusitado de la cláusula en general, de acuerdo con las circunstancias y especialmente según su configuración externa tomada aisladamente o en conjunto con el resto de las cláusulas⁷⁹.

2. Origen y evolución

La aparición de las Condiciones Generales de la Contratación no tiene una fecha exacta, pero puede contextualizarse su origen a partir de la gran revolución industrial inglesa de la segunda mitad del siglo XVIII, que desencadenó el paso de una economía agraria y artesanal a otra dominada por la industria y la mecanización.

El resultado fue el progresivo montaje de grandes fábricas, el uso de la fuerza motriz y la aplicación de nuevas tecnologías que transformó la productividad de la economía inglesa, de la Europa Continental y los Estados Unidos de América, del autoconsumo a la comercialización masiva, emergiendo la competencia empresarial y la libertad económica para distribuir masivamente productos manufacturados en el mercado interno y los mercados alrededor del mundo, emergiendo la necesidad, no sólo en el sector industrial, sino en todas las facetas de la comercialización de bienes y servicios, de la utilización de contratos preestablecidos a través de formularios y de impresos⁸⁰.

⁷⁹ R.S. STIGLITZ, *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 55.

⁸⁰ J. PAGADOR LÓPEZ, en *Condiciones generales de los contratos y cláusulas contractuales predisuestas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 13, asegura que las condiciones generales de la contratación irrumpen —contra lo que con frecuencia se ha pensado— en un sector de la actividad económica distinto del industrial: el sector

Como suele suceder ante las nuevas realidades económicas y sociales, la conceptualización y regulación jurídica de las condiciones generales de la contratación fue muy posterior a su nacimiento. Fue hasta el año de 1901, cuando el civilista francés RAYMOND SALEILLES publicó una monografía en la que por primera vez se acuñó la expresión *contrat d'adhesion* (contratos de adhesión) que fue generalizada prontamente por la doctrina francesa y perdura hasta nuestros días⁸¹, y en la que él mismo calificó a esta nueva técnica negocial como “sedicentes contratos que de contrato no tienen sino el nombre [...] en los que hay predominio exclusivo de una sola voluntad que actúa como voluntad unilateral y dicta su ley no ya a un individuo sino a una colectividad indeterminada”⁸².

Curiosamente la expresión acuñada por SALEILLES se consolidó a pesar de su convencimiento (ya superado por la doctrina) de que los contratos de adhesión en realidad no constituían acuerdos bilaterales de voluntades, es decir, contratos en sentido estricto, sino un acto unilateral de la parte proponente, al que se adhería la otra parte, mediante otro acto, a su vez unilateral. Similar opinión, que no comparto en absoluto pero que resulta enriquecedora para la valoración general, es la de A. LEFF, para quien deberíamos plantearnos el hecho de que los contratos de adhesión no son, en realidad, contratos sino productos que se venden de acuerdo a sus disposiciones⁸³.

Como resalta VATTIER FUENZALIDA⁸⁴, SALEILLES observó que la contratación en masa a principios del siglo XX, centrada principalmente en

servicios. Me inclino más por atribuir un uso concomitante de las condiciones generales de la contratación en ambos sectores de la economía.

⁸¹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, París, 1901, p. 229, fue una contribución al estudio de la figura del negocio jurídico en el Código Civil Alemán.

⁸² Cf. L. Díez-Picazo, “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozo de una Evolución)”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, p. 61.

⁸³ Vid. A. LEFF, “Unconscionability and the crowd. Consumers and the common law tradition”, 31 *University of Pittsburgh Law Review*, 1969, pp. 349 ss.

⁸⁴ Cf. C. VATTIER FUENZALIDA, “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, pp. 1523 ss.

los contratos de trabajo, de seguro y de transporte, no descansaba en el consentimiento libre de los contratantes, sino que el esquema bilateral del Código se había sustituido por lo que él llamó contrato de adhesión⁸⁵.

En los Estados Unidos de América, bajo la influencia de la doctrina europea, el término fue introducido por EDWIN PATTERSON⁸⁶ en el año de 1919, y desarrollado conceptualmente por los profesores FRIEDRICH KESSLER y ALBERT A. EHRENZWEIG⁸⁷, todos ellos educados en el viejo continente.

En España se utilizan indistintamente las expresiones *contratos de adhesión*⁸⁸ y *condiciones generales de la contratación*, aunque el concepto que se maneja más profusamente a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial es el de condiciones generales de la contratación⁸⁹, de las que es preciso hacer la aclaración de que no son condiciones en su concepto técnico-jurídico de hecho futuro y objetivamente incierto del que

⁸⁵ La expresión contrato de adhesión trascendió las fronteras galas y produjo una gran variedad de conceptos análogos, utilizados por la doctrina científica, la legislación y la jurisprudencia, entre los que destacan: contratos estándar, contratos tipo, contratos-formulario, contratos de masa, contratos automáticos, contratos en serie, condiciones generales de los contratos, condiciones generales de la contratación, contratos por adhesión, contratos preformulados, contratos con condiciones generales, convenios de adhesión, entre otras. Todos los anteriores, con independencia del país en que se originaron o de sus distinciones gramaticales, comparten los mismos elementos que caracterizan el sistema de contratación opuesto al individualizado.

⁸⁶ Vid. E. PATTERSON, "The delivery of a life-insurance policy", *Harv. L. Rev.*, vol. 33, 1919, pp. 198, 222.

⁸⁷ Vid. F. KESSLER, "Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract", *Colum. L. Rev.*, vol. 43, 1943, p. 629 y A. EHRENZWEIG, "Adhesion contracts in the conflict of laws", *Colum. L. Rev.*, vol. 53, 1953, pp. 1072.

⁸⁸ No existe ninguna definición legal de los contratos de adhesión en la legislación española, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones generales de la contratación.

⁸⁹ La LCGC utiliza la expresión "contratos de adhesión" en una sola ocasión; en el quinto párrafo de la Exposición de Motivos, en la que se refiere además en varias ocasiones a la "adhesión" a condiciones generales.

depende la eficacia de un negocio jurídico, sino que son pactos o cláusulas que se hallan en un contrato e integran su contenido⁹⁰.

En materia legislativa podemos destacar que el primer código europeo que hace expresa alusión y regula las condiciones generales de la contratación fue el Código Civil italiano de 1942, que en su art. 1341 contempla un control formal, encaminado a garantizar una adhesión consciente a las condiciones generales. El art. 1341 (“*Condizioni generali di contratto*”) dispone:

“Condiciones generales del contrato. Las condiciones generales que ha preparado de antemano uno de los contratantes son eficaces respecto al otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiese podido conocerlas si hubiese empleado la diligencia ordinaria.

De cualquier modo, no tienen efecto, si no son específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen a favor de quien las ha establecido limitaciones de responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o bien imponen al otro contratante términos de caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial”.

Ya hemos mencionado que más que una distinción entre las nociones de contratos de adhesión y condiciones generales de la contratación, existe una inseparable y complementaria relación entre ambas, ya que las condiciones generales hacen referencia a una realidad de predisposición de las cláusulas que integran una pluralidad de contratos, cuyo contenido es impuesto por uno de los contratantes a todo un conglomerado.

La interrelación de ambos conceptos es claramente explicada en la STS 1ª 27 enero 1990 (sobre seguro obligatorio del automóvil), que señala:

⁹⁰ X. O’CALLAGHAN, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Madrid, Civitas, 1994, p. 204.

“Es de recordar la naturaleza del seguro como contrato de adhesión, caracterizado, como se sabe, por la distinta posición de las partes (a la parte fuerte se le permite imponer unilateralmente sus condiciones sobre la parte débil). De ahí la intervención del Estado para restaurar el equilibrio contractual”.

El Derecho positivo español, como más adelante desarrollaremos, sólo vino a mencionar específicamente las condiciones generales de la contratación hasta la promulgación de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) en 1980 y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) en 1984. Por su parte, la regulación legal y una expresa definición de las mismas la encontramos en el art. 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)⁹¹, el cual establece que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”⁹².

De la citada definición podemos extraer una serie de elementos esenciales que distinguen a las condiciones generales de la contratación, que más adelante pasaremos a analizar de manera individualizada.

3. Modelos de protección

A) Directiva (CE) 93/13

Resulta oportuno una alusión, siquiera sea muy somera a la Directiva 93/13⁹³. Dicho instrumento propone un modelo de control mínimo que los Estados Miembros deben introducir en sus respectivos ordenamientos

⁹¹ BOE 14 abril 1998, nº 89, (p. 12304).

⁹² El objetivo principal de la Ley, según reconoce expresamente su Exposición de Motivos, es la transposición de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas de contratos concluidos con consumidores.

⁹³ J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

jurídicos. Evidentemente los Estados Miembros pueden establecer un nivel de protección mayor. Esto tiene como consecuencia una disparidad importante en las legislaciones internas en materia de control. A esto cabe agregar la diferente aplicación judicial de la legislación. En cierta forma la Directiva que pretende uniformar las legislaciones de los Estados Miembros tiene como consecuencia un efecto opuesto.

La Directiva no fija un sistema de control específico en el sentido que no opta por uno de índole judicial o administrativo. Los Estados Miembros pueden establecer en forma autónoma diversos sistemas siempre que respeten los mínimos establecidos en la Directiva. En consecuencia conviven sistemas represivos que permiten excluir las cláusulas abusivas por vía judicial y una pluralidad de sistemas particulares de índole administrativo o de control *ex ante*. Esto es frecuente en las legislaciones de cada país fruto de la introducción de la Directiva –que funciona como un texto marco– que permite respetar la idiosincrasia de cada país y, sobre todo, las experiencias en el derecho positivo nacional. Además, el texto está en consonancia con la política de la UE. En efecto, la estrategia en materia de política de consumidores de la UE establece entre sus objetivos lograr un alto nivel de protección común de los consumidores, la aplicación eficaz de la protección de los consumidores y la participación de las organizaciones de consumidores en las políticas comunitarias.

La Directiva 93/13/CEE dispone que las cláusulas abusivas de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional formuladas por éste no vinculan al consumidor. A este respecto, una cláusula debe considerarse abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. No obstante, el

contrato que contenga tal cláusula sigue siendo obligatorio para las partes si puede subsistir sin ella⁹⁴.

⁹⁴ Si bien el Derecho de la Unión sólo tiene, en principio, por objetivo eliminar las cláusulas abusivas, permite no obstante a los Estados miembros garantizar un mayor nivel de protección al consumidor que el que establece. Veamos el asunto siguiente: La Sra. Pereničová y el Sr. Perenič obtuvieron un crédito de 150.000 SKK (4.979 euros) en SOS, una entidad no bancaria que concede créditos al consumo en virtud de contratos de adhesión estándar. Según el contrato de crédito, el préstamo debe reembolsarse en 32 mensualidades de 6.000 SKK (199 euros), a los que se añade una trigésimo tercera mensualidad igual al importe del crédito concedido. Los prestatarios deben por tanto reembolsar una cantidad de 342.000 SKK (11.352 euros). La tasa anual equivalente (TAE) del crédito –es decir, el total de los gastos inherentes a éste a cargo del consumidor– se fijó en el contrato en un 48,63 %, mientras que, según el cálculo efectuado por el órgano jurisdiccional eslovaco que plantea la presente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, es en realidad del 58,76 %. La Sra. Pereničová y el Sr. Perenič interpusieron un recurso ante el tribunal de distrito de Prešov, Eslovaquia por el que solicitaban a dicho órgano jurisdiccional que declarase que su contrato de contenía varias cláusulas abusivas y que declarase la nulidad del contrato en su conjunto. La STJUE 15 de marzo de 2012 (asunto C-453/10: *Jana Pereničová, Vladislav Perenič y SOS financ, spol. s.r.o* recuerda, en primer lugar, que el objetivo de la Directiva consiste en eliminar las cláusulas abusivas incluidas en los contratos con consumidores, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan tales cláusulas. A continuación, por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia señala que procede aplicar un enfoque objetivo, en el sentido de que la posición de una de las partes en el contrato – en el presente caso el consumidor– no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato. Por consiguiente, la Directiva se opone a que, a la hora de valorar si un contrato que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, sólo se tengan en cuenta los efectos favorables, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que la Directiva sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la posibilidad de garantizar al consumidor una protección más elevada que la prevista por la Directiva. Por consiguiente, la Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, una normativa nacional que permita declarar la nulidad total de un contrato entre un profesional y un consumidor que contenga una o varias cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor.

El sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la noción de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad en comparación con el profesional⁹⁵, en lo concerniente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, circunstancia que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas⁹⁶. Precisamente por esta situación de inferioridad, su art. 6, ap. 1 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas “no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales”. Conforme a la jurisprudencia del TJ, se trata de una disposición imperativa que procura sustituir el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Y por lo que se refiere al impacto de una comprobación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales en la validez del contrato afectado, cabe señalar que, conforme al art. 6, ap. 1, *in fine*, de la Directiva 93/13, dicho “contrato [seguirá] siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”. En este escenario, los órganos jurisdiccionales nacionales que comprueben el carácter abusivo de las cláusulas contractuales están obligados, por mandato de dicho art. 6, ap. 1, por un lado, a extraer todas las consecuencias que, según el Derecho interno, se deriven de ello para que el consumidor no esté vinculado por dichas cláusulas y, por otro, a decidir si el contrato puede subsistir sin la presencia de tales cláusulas. En resumen, la finalidad perseguida por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restaurar el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez general del

⁹⁵ Vid. STJCE de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941, ap. 25..

⁹⁶ SSTJCE de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-10421, apartado 25; de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, ap. 22, y de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Rec. p. I-9579, ap. 29.

contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas y por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente continuar su existencia sin las cláusulas abusivas, tanto el tenor de la referida norma como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas respaldan un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición.

La distinción que instituye el art. 5 de la Directiva, en lo que respecta a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se justifica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En la primera situación, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula incorporada en un contrato ya celebrado, en tanto que, en la segunda situación, les corresponde realizar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible incorporación se prevé en contratos que aún no se han celebrado; de esta forma, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado lo beneficia inmediatamente. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener preventivamente el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, en caso de duda, no es procedente interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. Así, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo cual redundará en una protección más amplia de los consumidores.

La Directiva fue adoptada para eliminar estas cláusulas en los contratos entre un profesional y un consumidor. La Comisión creó la base de datos CLAB (cláusulas abusivas) para disponer de un instrumento de control de la aplicación práctica de la Directiva en la forma de una base de datos de la “jurisprudencia nacional” sobre cláusulas abusivas. La jurisprudencia, a efectos de la base de datos CLAB, abarca no sólo las sentencias judiciales sino también las decisiones de órganos administrativos, los acuerdos voluntarios, las resoluciones extrajudiciales y los laudos arbitrales. En cuanto al ámbito de aplicación de la protección en materia de cláusulas

abusivas, la Directiva en su art. 1.1º propone como criterio la tutela del consumidor. Pese a restringir la Directiva el ámbito de aplicación en base a la tutela del consumidor, ésta no fue siempre la posición en la tramitación del texto⁹⁷. La legislación de protección en materia de cláusulas abusivas se restringe a los contratos por adhesión celebrados por consumidores. El criterio, entonces, es aquel de tutela del consumidor. Justamente la Ley de protección al consumidor se ocupa de esta materia, siendo que las estipulaciones abusivas pueden presentarse en contratos ajenos a una relación de consumo. Lo relevante no es la calidad de consumidor o empresario, sino la situación en que se encuentra el contratante al momento de celebrar el contrato con contenido abusivo. De ahí que lo que justifica la protección no sea un elemento subjetivo, sino uno de carácter objetivo: la presencia de contenido contractual abusivo. Esta aclaración permite justificar una legislación particular relativa al control de cláusulas abusivas más amplia que circunscribirla sólo a la protección de los consumidores. Si bien la legislación española lo realiza mediante un doble tratamiento de control en la legislación de consumo y en otro cuerpo normativo una regulación general, lo cierto es que se trata de un sistema confuso. España tiene un diseño intermedio, pues mantiene una doble regulación, la primera especial para consumidores y la segunda aplicable a las condiciones generales de la contratación. Lo correcto sería introducir una legislación general de control de cláusulas abusivas aplicables a contratantes con o sin la calidad de consumidor.

La transposición de la noción de cláusula abusiva fue diversa en los Estados Miembros. Así ciertos países lo hicieron en forma literal (Italia) y otros haciendo referencia sólo al desequilibrio contractual (Francia). Algunas dudas se presentaron sobre cómo debía entenderse la noción de buena fe –objetiva o subjetiva–, pero a pesar de la ausencia de un pronunciamiento explícito resulta claro que la noción utilizada corresponde a la buena fe objetiva. La ley holandesa se refiere al carácter anormalmente oneroso de la cláusula y Suecia alude a las buenas costumbres y un

⁹⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La transposición de la directiva comunitaria al Derecho español”, en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 435.

desequilibrio notable. Por su parte otros Estados Miembros, como Portugal, sólo se refieren a la buena fe sin mencionar el desequilibrio. Sin embargo, estas diferencias no han tenido repercusión práctica.

Respecto a la lista de cláusulas abusivas que aparecen en el anexo, ciertos países la consideran una “lista negra” y otros sin sanción de plano. Los países nórdicos optaron por prescindir de incluir la lista en el texto legal apareciendo sólo en la motivación de la ley.

En cuanto a las reglas de interpretación de las cláusulas abusivas se recoge el principio *contra proferentem*. Es decir, debe interpretarse la cláusula en la forma más favorable al consumidor.

La sanción a las cláusulas abusivas es bien diferente en los Estados Miembros, aunque conducen a restarle eficacia.

Por último, el control escogido por los Estados Miembros ha sido en forma unánime el judicial. Sólo el poder judicial es competente para declarar una cláusula con carácter abusiva. Pero esta opción unánime no excluye en diversos Estados Miembros un sistema de control administrativo coetáneo.

B) Europa occidental

En el Derecho extranjero es viable identificar dos etapas en la evolución de la protección tendiente a la eliminación de las cláusulas abusivas⁹⁸.

En una primera etapa la doctrina y la jurisprudencia (francesa, española, y alemana), aplicaron el Derecho común de los contratos⁹⁹. Concretamente, se utilizó a las condiciones generales – buena fe, orden

⁹⁸ L.K. DOSI, “Lo ‘status’ del consumatore: prospettive di Diritto comparato”, *Riv. dir. civ.*, 1997, pp. 667–687; D. TALLON, y otros, “Les contrôle des clauses abusives dans l’intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.”, *Rev. int. dr. comp.*, 1982 (Número especial).

⁹⁹ J. GHESTIN e I. MARCHESSAUX, *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, París, LGDJ, 1991; A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: Panorama Legislativo”, *RDM*, 1980, pp. 385–436.

público y buenas costumbres—, a la protección del proceso de formación del consentimiento —vicios del consentimiento, lesión subjetiva—, a determinadas reglas de interpretación contractual, como la regla *contra proferentem*, y a supuestas obligaciones implícitas en el contrato. Esta práctica fue empleada tanto en los países que forman parte del Derecho continental europeo como en los países de la *common law*¹⁰⁰.

Se erigió en Europa occidental una conciencia de los potenciales abusos contractuales que se podían cometer mediante la contratación por adhesión. Por tal motivo muchos Estados se interesaron en establecer un régimen para las cláusulas abusivas, en el que se incluyera qué debía entenderse por la noción de cláusula abusiva, la manera de calificarlas como tal, los mecanismos de control y la inclusión de un mecanismo de sanción eficaz. Así, desde los años setenta se dio origen a la expedición de leyes de control para las cláusulas abusivas, a partir de leyes proferidas en Suecia en 1971 con modificaciones en 1973, 1976 y 1977. En Dinamarca se emitió una ley en 1974.

En Alemania se profirió una ley de 1976 (AGB–Geseetz) sobre cláusulas abusivas, la cual fue modificada en 1996 para adaptarla a la Directiva (CE) 13/93 y por último incorporada al Código Civil alemán (BGB), con la reforma que modernizó el régimen de las obligaciones en 2001 y que entró en vigor en 2002 y por la cual se adaptó el BGB a los requerimientos de las directivas comunitarias.

La ley alemana contenía normas de control de fondo y procesales. Las primeras determinaban las cláusulas que debían ser consideradas abusivas y los efectos de su ineficacia; por su parte, las reglas procesales establecían la forma de hacer valer la ineficacia de las cláusulas abusivas ante la judicatura. El § 9 establecía una cláusula general de control y los §§ 10 y 11 señalaban un listado de cláusulas prohibidas y sujetas a revisión, respectivamente. En cuanto a la aplicación de la cláusula general, el inciso primero estableció el criterio de regulación de las condiciones generales, mientras que en el inciso segundo formuló dos parámetros de aplicación. El

¹⁰⁰ I. DE LA MAZA; “Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 2005.

criterio formulado en el inciso primero del § 9 comprendía dos nociones fundamentales. El principio de la buena fe y el carácter no razonable de la cláusula. El llamamiento al principio de la buena fe responde a una forma de seguir la jurisprudencia anterior que fundamentaba el control del contenido de las condiciones generales. El juez debe determinar el interés del estipulante para mantener la cláusula litigiosa y, por otra parte, el interés del consumidor en reemplazarla por la disposición supletoria que consagra la ley. El primer parámetro del inciso segundo del § 9 aludía a dos principios reconocidos por la jurisprudencia con anterioridad a la AGB-Gesetz. La Corte Federal ya había decidido que una cláusula de condiciones generales era ineficaz cuando modificaba la imagen directriz del contrato que el Derecho dispositivo establecía. Esta aplicación se sustentaba en el entendido que el Derecho dispositivo descansa en una prescripción de justicia que no puede ser derogada por una cláusula contractual sin motivos particulares que la justifiquen. Con todo, la inderogabilidad del Derecho dispositivo no era absoluta y, en todo caso, sólo constituía una regla residual, puesto que primero debía atenderse a los §§ 10 y 11 de la ley.

Por otra parte, la jurisprudencia alemana había entendido que existe una desventaja irracional cuando una estipulación contractual limita los derechos y las obligaciones esenciales que resultan de la naturaleza misma del contrato, de tal manera que la realización del objetivo contractual perseguido se desvanece. Por su parte, los §§ 10 y 11 consagraban catálogos de cláusulas ineficaces. La división en dos párrafos se debió a que el legislador alemán, en el § 10, enumeraba aquellas cláusulas sujetas a la revisión o apreciación del tribunal sin ineficacia de plano. El § 10 enumeraba una serie de cláusulas cuya validez dependía de la apreciación del juez que evaluaba las circunstancias y determinaba si dichas cláusulas eran inapropiadas, irracionales o no justificadas. Estos términos no poseían una definición precisa, por lo que correspondía a la jurisprudencia verificar si las cláusulas debían ser privadas de eficacia. En definitiva, quedaba en manos de los tribunales la tarea de ir determinando cada uno de los numerandos. Por su parte, el § 11 de la ley contemplaba una larga lista de cláusulas no sujetas a revisión, e ineficaces en todo caso. La denominada

“lista negra”. Sin embargo, esto no significaba que los tribunales carecieran de toda posibilidad de apreciación, porque el mismo § 11 contenía fórmulas vagas o imprecisas cuya significación debía ser fijada por los tribunales. Lo que sí ocurrió fue que la facultad de apreciación de los tribunales se limitó a determinar si las características de una específica cláusula prohibida se cumplían y, en dicho caso, la sanción automática era la nulidad. Como se observa, se trataba de un control sustantivo o de fondo. En cuanto a los efectos de la ineficacia de una cláusula abusiva, la jurisprudencia alemana, aprobada por la doctrina, había sostenido que sólo la cláusula inconciliable con los principios de las buenas costumbres (§ 138 BGB) y la buena fe (§ 242 BGB) era nula o ineficaz. En otras palabras, el contrato sobrevivía sin la cláusula nula y ésta era reemplazada por las reglas legales dispositivas correspondiendo al juez realizar una labor de reconstrucción del contrato.

A su vez en Francia se inició con una ley de 1972 sobre la venta a domicilio; luego surgieron las leyes Scrivener del 10 de enero de 1978 sobre crédito al consumo y cláusulas abusivas; la ley de 1988 sobre la venta a distancia, la ley 96 de 1995 que modificó levemente el régimen de una de las leyes de 1978 y la reforma de 1998 que terminaron por incorporar al sistema francés la Directiva (CE) 13/93. También se encuentran la ley de 2005 que incorporó la Directiva (CE) CE 44/99 sobre venta con el consumidor, una ley de 2007 en tema de derecho financiero y, finalmente, una ley de 2008; sin embargo, todas estas leyes hoy están dentro del código del consumo o ley 949 de 1993 que se compone de una parte legislativa y de una parte reglamentaria¹⁰¹.

A continuación, otros países, como Luxemburgo con la ley de 1983, que consagró un tipo de litigio rápido ante un juez de cada barrio para dirimir el conflicto de las cláusulas abusivas. Por su parte, Bélgica, en 1991, expidió no una, sino cuatro leyes en tema de vivienda por edificar, crédito al consumo, productos defectuosos y protección al consumidor frente a las cláusulas abusivas. Este país posteriormente adoptó la Directiva (CE) 13/93 con una reforma del 7 de diciembre de 1998.

¹⁰¹ J. CALAIS- AULOY, “Les clauses abusives en Droit Français”, en J. GHESTIN, ed., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990*, París, LGDJ, pp. 111 ss.

Mientras tanto Italia en el Codice Civile de 1942 se estableció en los artículos 1341 y 1342 un primer régimen de protección formal contra cláusulas predisuestas en los contratos por adhesión; luego, con una ley de 1996, incorporó al sistema italiano la Directiva (CE) 13/93 al Codice Civile de los artículos 1469 bis a 1469 sexies, normas que en el presente se incorporaran sin mayores cambios en el Codice del consumo de 2005 (artículos 33 a 38), en el que se pusieron de manera sistemática bajo un solo cuerpo normativo todas las normas de protección de los consumidores, las cuales, con anterioridad al año 2005, se encontraban establecidas en diversas leyes de protección al consumidor, unas dentro del Codice Civile y otras en leyes especiales por las que se establecía cada tipo específico de protección a favor del consumidor. En ésta se controla la cláusula abusiva bajo dos parámetros fundamentales: la buena fe y el desequilibrio normativo, es decir, será abusiva la cláusula que determine un desequilibrio normativo significativo que vulnere o repugne contra el principio de la buena fe objetiva.

C) América Latina

La realidad latinoamericana no sido ajena a estas tendencias proteccionistas del equilibrio contractual para controlar las cláusulas abusivas; basta citar el caso de países como Argentina, con la Ley 24.240 de 1993 sobre defensa del consumidor y su decreto reglamentario 1798 de 1994. También la República de Panamá, cuya normativa está conformada por la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que dicta normas sobre protección al consumidor y defensa de la competencia, modificada por la Ley 29 de 2 de junio de 2008, reglamentada a su vez por el Decreto No. 46 de 23 de junio de 2009. En Chile se establecieron normas sobre justicia contractual en contratos por adhesión con la Ley 19.496 de 1997 sobre protección de los derechos de los consumidores. Perú, a través del Código Civil de 1984, la constitución política de 1993 y el decreto 1716 de 1991 o Ley de protección al consumidor. Paraguay mediante su Código Civil de 1987 y la Ley 1334 de 1998 sobre defensa de consumidores y usuarios. Brasil con la Ley 8078 de 1990 o Código de defensa del consumidor (CDC), con un gran influjo de los sistemas norteamericano y europeo.

El concepto de control se aprecia inclusive en países que todavía no han tenido un desarrollo legal específico, como el caso de Colombia y Uruguay, países donde la jurisprudencia ha utilizado varios criterios para determinar una cláusula como abusiva, al emplear el principio de la buena fe y el concepto de orden público para controlarlas de alguna manera, con el propósito de mantener el equilibrio de las prestaciones. Puede apreciarse cómo de manera común, en todos los países anteriormente señalados la inquietud sobre ha dado en base a la existencia de los contratos por adhesión con condiciones generales y uniformes predispuestas por una de las partes, frente a los abusos, que mediante esta forma de contratación se pueden dar contra la parte adherente, quien, en la mayor cantidad de ocasiones, reiteramos que es una parte menos fuerte que aquella parte profesional o empresarial que preestablece el contenido de las cláusulas del contrato.

D) Sistema español

En el sistema español la tutela de los consumidores y usuarios se estructura mediante una pluralidad de normas que convergen para garantizar mediante procedimientos eficaces la protección de sus legítimos intereses económicos, lo que constituye uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica a tenor del art. 51 CE. Nuestro país expidió en 1984 la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios (LGDCU) que se aplica a los consumidores en contratos de adhesión con un régimen de control contra las cláusulas abusivas, la cual se reformó en 1998 en algunos apartes con la ley sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) para incorporar al sistema español la Directiva (CE) 13/93 e introducir una reforma al concepto de cláusula abusiva. La ley de 1998 es aplicable a todo contratante débil, pero no en lo referente a cláusulas abusivas, pues al ser un aspecto que se dejó en la ley de 1984 sólo se aplica a consumidores (art. 10 bis de la Ley de 1984).

No por nada la introducción de la Directiva en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley N° 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación modifica y hace pervivir el art. 10 LGDCU resulta

inapropiada. Otro aspecto cardinal en la Directiva es la definición de cláusula abusiva y el listado en anexo de cláusulas que deben considerarse abusivas¹⁰².

La alternativa adoptada por el legislador español para transponer al Derecho interno la Directiva 93/13 CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, materializada en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC), es sumamente debatible porque esta Ley no sólo es peor técnicamente que la Ley 26/1984, de 19 de julio salvo en algunos aspectos concretos de importancia secundaria, pese a las muchísimas críticas que le dedicó la doctrina y a su escasa utilización jurisprudencial (lo que ya es señal de que no era una ley muy correcta), sino que introduce otros aspectos nuevos tanto de orden sistemático como de fondo.

Para poder examinar mejor la decisión del legislador español lo más conveniente es comenzar analizando los distintos sistemas existentes en el entorno más próximo. En primer lugar, hay que hacer referencia obligada al sistema italiano original, establecido por el Codice Civile de 1942, que fue el primero que contempló el problema pero ofreciendo una solución muy inapropiada. Se establecía un control meramente formal de las condiciones generales de la contratación: debía acreditarse que el adherente debió haber conocido las condiciones generales de los contratos que se enumeraban en el art. 1.341.2º como potencialmente lesivas. Si se probaba que tuvo la posibilidad de conocerlas, tenían plena eficacia, con lo que se descartaba todo control sustantivo. Este sistema fue severamente reprochado por la mayoría de la doctrina italiana y extranjera porque lo que hacía, en resumidas cuentas, era darle legitimidad al uso de cláusulas abusivas mediante la simple exigencia de una sencilla formalidad, con lo que se robustecía aún más la posición del contratante fuerte; y es que es obvio que el adherente no se ve en absoluto beneficiado por el hecho de que se garantice que ha de poder conocer la cláusula abusiva que se le impone si

¹⁰² G. GARCÍA CANTERO, “Venturas y desventuras del artículo 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios”, *AC*, 1991–2, pp.289–99.

no tiene ninguna forma para excluirla, sea mediante la negociación (imposible por definición por tratarse de condiciones generales) o por la prohibición legal (que en ningún momento se hace). Aparte de la mencionada revalidación del abuso perpetrado, el único efecto práctico que esto tenía para el adherente es que sea consciente del abuso. Pero los sistemas que verdaderamente se han impuesto para terminar con las cláusulas abusivas son el que se podría denominar francés o nórdico y el alemán.

El primero de estos modelos es una respuesta a la teoría del abuso, que perfila su política legislativa a la protección del consumidor al entenderlo como parte débil del contrato, sometido por lo tanto al abuso que desde su posición de superioridad económica puede hacer el contratante empresarial o profesional. Según el sistema, este abuso de poder representa una incorrección del mercado que ha de ser corregida por la intervención del legislador. El profesional puede beneficiarse de su superioridad cognoscitiva del mercado, de las economías de escala que permite la contratación masiva, para aprovecharse de la libertad de contratar e imponer infames condiciones contractuales, sin que el consumidor pueda evitarlas; se pone así en cuestionamiento el modelo de la teoría liberal del contrato, *qui dit contractuel dit iuste*, ya que es imposible que el consumidor pueda por sus propios medios asegurar el equilibrio de los contratos que concluye mediante un consentimiento libre. Para impedirlo, el legislador protege al consumidor introduciendo controles que buscan garantizar el equilibrio de los contratos que celebre con profesionales, estén establecidas o no condiciones generales en dichos contratos y alcanzando incluso a la relación calidad/precio. La positiva aplicación de este sistema se formaliza en la promulgación de una ley de protección al consumidor en distintos campos, o de varias leyes sectoriales, pero siempre enfocadas en la persona del consumidor como figura necesitada de una especial protección.

El otro modelo legislativo, el alemán, adoptado también por Portugal, responde a la teoría de los costes de transacción. Se puntualiza que todas las transacciones, intervengan o no consumidores, soportan unos costes de transacción: todo contrato, en teoría, ha de ser negociado, lo que conlleva

un gasto en tiempo y medios, en dinero; este coste trasciende en el precio final de los bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato, la resultante subida del precio habrá de ser soportada por la parte débil del contrato; pero estos costes pueden sortearse mediante la utilización de condiciones generales, que se aplicarán a todos los contratos que concluya un mismo empresario o profesional, permitiendo a su vez una racionalización del mercado. Sin embargo, este productivo procedimiento comporta el riesgo de que se despoja al adherente de la posibilidad de revisar los términos del contrato, ya que sólo puede aceptarlos en bloque o desistir de contratar. Se hace necesario, en consecuencia, un control público de esas condiciones generales de los contratos para garantizar su equilibrio. Este sistema se especifica en una ley que regula genéricamente el fenómeno de la contratación mediante condiciones generales de los contratos, sin perjuicio de que establezca un nivel de protección más riguroso cuando el adherente es un consumidor.

4. Elementos esenciales

De una simple lectura del concepto se deducen las características o elementos esenciales de las condiciones generales de la contratación consagrados en el art. 1.1º LCGC, siendo estos la *contractualidad*, la *predisposición*, la *imposición o rigidez* y la *generalidad*:

A) Contractualidad

El elemento de la *contractualidad* ya lo hemos mencionado al destacar que las condiciones generales constituyen cláusulas que integran una pluralidad de contratos, o en palabras del art. 1.1º LCGC, cláusulas “redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”¹⁰³. Son por lo tanto, cláusulas y no un contrato en sí, pero su finalidad es ser destinadas a formar parte del contenido de un contrato¹⁰⁴.

¹⁰³ Además del citado art. 1, en la LCGC se encuentra claramente reconocido que las condiciones generales son cláusulas contractuales en la Exposición de Motivos y en

La *contractualidad* de las condiciones generales responde no sólo al criterio de la LCGC, sino a que dicha calificación se ha consolidado a nivel jurisprudencial¹⁰⁵.

Para que se produzca efectivamente la incorporación de las condiciones generales la Ley exige que hayan sido aceptadas por el adherente y firmadas por los contratantes, al señalar que “no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de sus existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”¹⁰⁶.

Siendo este el requisito legal de incorporación no se contempla expresamente la necesidad de que las condiciones generales formen parte del texto contractual, pudiendo entonces figurar por separado en un documento externo, pero con el requerimiento de que el contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas, según dispone el primer párrafo del art. 5.1º LCGC.

Aunque el planteamiento aparente ser irrelevante, considero que la protección de los derechos del adherente sería más efectiva si la Ley obligara a que las condiciones generales formaran en todo momento parte del documento contractual, aunque ello representara una extensión mucho mayor del mismo contrato. Para que se produzca un consentimiento

varios de sus artículos, como por ejemplo: arts. 4, párrafo 2º, 5.4, 6, 7 b), 11.2 y 3, 12.4, 20.1, y 3, y 23.3, entre otros.

¹⁰⁴ Vid. L. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, *Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas en los Contratos Bancarios*. Cádiz, EDICIP, 2002, p. 115.

¹⁰⁵ Muchas Sentencias del Tribunal Supremo anteriores y con fechas cercanas a la entrada en vigencia de la LCGC pueden ser citadas, entre ellas, las de 23 de julio de 1993, de 20 de julio de 1994, de 29 de junio de 1995, de 13 de noviembre de 1995, de 18 de diciembre de 1995, de 12 de julio de 1996, de 14 de septiembre de 1996, de 27 de septiembre de 1996, de 8 de noviembre de 1996, de 29 de noviembre de 1996, de 26 de febrero de 1997, de 5 de julio de 1997, de 28 de noviembre de 1997, de 20 de febrero de 1998, de 24 de abril de 1998, de 27 de abril de 1998, de 4 de mayo de 1998, de 18 de septiembre de 1998, de 13 de noviembre de 1998, de 4 de diciembre de 1998 y de 22 de enero de 1999, entre otras.

¹⁰⁶ Cf. Art. 5.1º LCGC.

informado en ocasiones la simple lógica indica que es más probable que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer las condiciones generales si se le suministran en un solo documento para su lectura, en lugar de verse en la necesidad de disponer del contrato por una parte, y del ejemplar de las condiciones generales por otra. Lamentablemente esa nunca ha sido la exigencia legal.

B) Predisposición

Seguramente el rasgo distintivo más elocuente de las condiciones generales de la contratación es su redacción antepuesta, exclusiva e íntegra, es decir, la *predisposición*, ya que las condiciones generales han sido redactadas previamente a los contratos en que se integran, sin intervención alguna de una de las partes contratantes. El art. 1.1º LCGC establece que “son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas [...] con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otra circunstancia...”

La predisposición descarta por completo el factor de negociabilidad y corresponde exclusivamente al empresario/profesional establecer unilateralmente el contenido del contrato.

La apariencia externa de las condiciones generales abarca una pluralidad de posibilidades, que incluye la impresión en papel o incluso escritas a mano sin que esta última circunstancia comporte exclusión del carácter de condición general. De esta forma, las opciones para la exteriorización de las condiciones generales incluyen, entre otras, la plasmación a través de folletos, formularios contractuales, avisos o carteles expuestos al público o que pueden ser conocidos por los clientes.

Muy acertadamente PAGADOR LÓPEZ destaca que también existe predisposición en el caso de las cláusulas contractuales que se encuentran en otros soportes materiales no documentales, como el vídeo, télex, cintas magnetofónicas, archivos informáticos, etc.¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Vid. J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales de los contratos...*, p. 258. El autor aplica el mismo criterio a aquellas cláusulas que permanecen en la cabeza del

Al igual que con la apariencia externa, la LCGC le resta relevancia a otros factores formales como la extensión o la autoría, ya que la norma comentada no implica que el autor material sea el propio empresario o proveedor, pudiendo ser un tercero quien las haya redactado para que aquél las utilice (por ejemplo un abogado), o incluso haberlas copiado de un libro o de cualquier contrato elaborado por otra empresa o profesional¹⁰⁸. El solo hecho de copiar un contrato o algunas cláusulas ya se ha popularizado, siendo tan sencillo como buscar modelos de contratos en internet, *copiar y pegar*. Sin embargo esta práctica, que usualmente pretende ahorrar tiempo o costos en asesorías jurídicas preventivas, implica un enorme riesgo de inaplicabilidad de las cláusulas copiadas, puesto que no necesariamente coincidirían con el objeto del contrato o porque podrían proceder de sistemas jurídicos completamente disímiles en cuanto a determinación de la ley aplicable o tribunales competentes para resolución de controversias, por ejemplo.

En caso de que el autor material sea un tercero neutral, es decir alguien que no actúa en interés de ninguna de las partes, como por ejemplo un corredor de comercio, un árbitro, mediador o conciliador, o en el caso de un notario que redacte el contenido de un contrato de préstamo bancario con garantía hipotecaria, sería necesario hacer un profundo ejercicio de interpretación legal, ya que podría considerarse que las partes han hecho uso de su autonomía negocial y depositaron su confianza en un tercero, por

predisponente o de empleados o representantes de éste que van a tomar parte, en nombre de aquél, en la celebración del contrato. Esta última idea no la comparto, debido a que el propio art. 1.1º LCGC es claro al establecer la necesidad de que las cláusulas hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. ¿Cómo puede considerarse que existe predisposición si una supuesta cláusula sólo se encuentra en el mundo de las ideas y pensamientos del empresario? El propio verbo *redactar* supone la acción física de escribir, transcribir o copiar, luego entonces incurriríamos en una monumental contradicción si aceptáramos que la predisposición incluye el ámbito de las ideas y pensamientos de una persona en particular.

¹⁰⁸ En este sentido se expresa R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 25., quien señala que el requisito de la predisposición no implica que sea ese profesional predisponente quien haya redactado las cláusulas [...] Lo relevante es que las haya asumido y, consecuentemente, las tenga dispuestas o preparadas para su contratación.

lo que no cabría hablar de predisposición ni de condiciones generales¹⁰⁹. Por el contrario, también puede interpretarse (y por esta postura me decanto) que ni siquiera el hecho de haber encomendado de mutuo acuerdo, la empresa y el consumidor, la redacción del contrato al fedatario garantiza siempre y en todo caso la ausencia de predisposición¹¹⁰, puesto que seguirán estando plenamente identificados los roles de quien posee la fuerza económica y provee los servicios, y quien requiere de los mismos al adherirse al contrato, concluyendo que las cláusulas serán establecidas en exclusivo interés de la empresa proveedora del servicio contratado.

C) Imposición o rigidez

La definición legal de las condiciones generales de la contratación establece como característica que la “incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes”, siendo así que una de las partes impone las cláusulas a la otra si quiere contratar con ella, aprovechándose de la situación de fuerza de que goza en el momento de realizar el contrato.

Íntimamente vinculada a la *predisposición*, la *imposición o rigidez* alude a la incuestionable realidad de que uno, y sólo uno de los contratantes impone al otro el contenido del contrato, sobre la base de la archiconocida fórmula de “lo toma o lo deja”, en la que sólo plantea las opciones de aceptar en su totalidad el esquema programado por el predisponente o rechazar de plano la contratación.

Ya sabemos que un elemento fundamental de las condiciones generales es que las cláusulas hayan sido introducidas en el contrato por el empresario predisponente, pero ese requisito no es suficiente por sí solo

¹⁰⁹ Posición adoptada por L. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, *op. cit.*, p. 119. Similar opinión expresa I. ARROYO MARTÍNEZ, “Art. 1.º Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 28, al comentar que en el caso de la incorporación por un tercero, la posición doctrinal es contraria a la imposición y favorable, por tanto, a la negociación como elemento distintivo, que habrá de probarse autónomamente.

¹¹⁰ *Vid.* J. J. MARÍN LÓPEZ, “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 131.

para que asuma dicha categoría. Hace falta que además las cláusulas predispuestas sean efectivamente impuestas a la otra parte, llámese cliente o consumidor, obligándola a adherirse a ellas si es que quiere celebrar el contrato. Para estos efectos resulta irrelevante si el adherente tiene una necesidad impostergable de firmar el contrato, si su vida depende de ello, que vaya a firmarlo por un mero capricho, o que las cláusulas resulten más ventajosas para él, ya que lo importante para que se consideren condiciones generales de la contratación es que con independencia de qué tanto necesite celebrar el contrato, se le ofrece para que se adhiera al mismo sin posibilidad de negociación o discusión individual, o simplemente no contratar con el predisponente¹¹¹.

La imposición desde un punto de vista subjetivo podría ser consecuencia de lo que COCA PAYERAS describe como la *objetiva intimidación económica*, si se cae en cuenta de que en esos casos el contratante débil es un sujeto que sufre el temor racional y fundado de no obtener el bien o servicio en cuestión, si no se somete a las condiciones generales de la contratación¹¹². Claro está que la inevitabilidad de la aplicación de las condiciones generales de la contratación debe entenderse sólo en función del bien o servicio que ofrece el empresario predisponente, salvo que dicho empresario ejerza una posición monopólica en el mercado, que lleve a concluir la absoluta inevitabilidad del consumidor a someterse al contrato de adhesión¹¹³.

¹¹¹ En el mismo sentido R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *op.cit.*, p. 27, quien señala que no importa que el mismo sea imprescindible, conveniente o más o menos deseable para el adherente. No importa que pueda encontrar o no en el mercado (de otro profesional) el servicio o el bien objeto del contrato sin tener que aceptar la cláusula que se le impone, e incluso con mayores ventajas además.

¹¹² M. COCA PAYERAS, "Protección del Consumidor y Condiciones Generales de la Contratación". En *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*. Valladolid, Edita la Junta de Castilla y León, 1992, p. 51.

¹¹³ Opinión no compartida por J.A. BALLESTEROS GARRIDO: *Las Condiciones Generales de los Contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 76, quien considera que las cláusulas serán inevitables aunque en abstracto quepa la posibilidad de acudir a otro competidor, puesto que [...] los defectos del mercado de consumo y la propia estructura de la contratación por adhesión

El art. 1.2º LCGC señala que “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”. Corresponderá entonces al predisponente probar que el cliente ha tenido a su alcance la posibilidad de negociar el contenido contractual¹¹⁴. Aunque esta es la posición predominante en la doctrina, algunas Sentencias del Tribunal Supremo, que a mi entender atentan contra la lógica jurídica e ignoran la realidad de los usos bancarios nacionales e internacionales, han utilizado una presunción completamente opuesta, entendiendo que el adherente es quien tiene que probar que las cláusulas que figuran impresas en un contrato bancario de cuenta corriente le han sido impuestas¹¹⁵.

D) Generalidad

La última nota característica de las condiciones generales de la contratación es la que refleja su función o responde a la pregunta *¿para qué se utilizan?*: Su destinación uniforme a un número plural o general de contratos, que le permite a la empresa disponer de un instrumento idóneo de contratación en masa¹¹⁶, es decir que las condiciones generales tienen el

conllevan que no haya competencia real en cuanto al contenido de las condiciones generales, y que éstas sean completamente irrelevantes para el potencial contratante a la hora de seleccionar la empresa con que contratar.

¹¹⁴ Vid. A. EMPARANZA, “La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato”, en *RDBB*, nº 68, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1997, p. 1325. Por su parte R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *op.cit.*, p. 28, agrega que parece lógico que corresponda al profesional predisponente la prueba de que, a pesar de la inclusión de la cláusula predispuesta tal cual, la misma pudo ser alterada por el predisponente [...] En efecto, el adherente no podría probar directamente (le sería muy difícil en la mayoría de los casos) que no se la ha permitido negociar individualmente una cláusula.

¹¹⁵ Vid. STS de 31 de enero de 1998 y STS de 20 de noviembre de 1996.

¹¹⁶ La característica de la generalidad, en opinión de J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *op.cit.*, p. 74, le permite al predisponente una racionalización y reducción de costes en el ámbito de la distribución o comercialización de sus productos, pero

mismo contenido para todos los que contratan con quien las impone, aunque en determinadas ocasiones sea posible alguna variación sobre ciertas cláusulas en particular o elegir entre algunos clausulados alternativos. Esta concepción nada tiene que ver con cuantificar exactamente el número requerido, sino con que el clausulado prerredactado se utilice en una serie indeterminada o indefinida de contratos, o vaya dirigida a personas indeterminadas a través de su aplicación uniforme y homogénea.

La propia Exposición de Motivos de la LCGC, en el párrafo 5 de su Preámbulo distingue el carácter de las condiciones generales al oponerlas a aquellas cláusulas que son establecidas en contratos particulares de adhesión, es decir, que se utilizan para un solo contrato. Por el contrario, las cláusulas de adhesión se convierten en *condiciones generales de la contratación* al imponerse para una pluralidad de contratos, para contratos en general o para una generalidad de contratos.

Una vez analizados los cuatro requisitos propios de las condiciones generales de la contratación¹¹⁷, es importante recordar que ninguno se configura con independencia del otro¹¹⁸, y que no a todo tipo de contrato le es aplicable la LCGC, quedando excluidos los contratos administrativos, contratos de trabajo, contratos de constitución de sociedades, contratos reguladores de relaciones familiares y contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación la LCGC a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en que el

también, al establecer una regulación única para todos ellos, puede estudiar mejor las consecuencias posibles para imponer, con más conocimiento de causa, cláusulas que le favorezcan, aumentando el desequilibrio en la situación de partida con sus clientes, que no pueden permitirse un análisis semejante de la situación.

¹¹⁷ A diferencia de la mayoría de autores, LARROSA AMANTE considera que los elementos esenciales descriptivos de las condiciones generales de la contratación son sólo tres: predisposición, imposición y afectación de una pluralidad de contratos. *Vid.* M. A. LARROSA AMANTE, “Las Condiciones Generales de la Contratación y los Contratos Bancarios”, en R. FLUITERS CASADO y F. J. PUYOL MONTERO (dirs.), *Contratos Bancarios*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2004, p. 70.

¹¹⁸ Atinadamente afirma I. ARROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 24, que los requisitos esenciales de las condiciones generales de la contratación son de naturaleza cumulativa.

Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes¹¹⁹. La Exposición de Motivos de la LCGC aclara (I, 3.º) que las modalidades excluidas de su ámbito de aplicación son contratos que por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienidad de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley.

5. Contratación en masa

Como parte de la evolución de las relaciones mercantiles del mundo contemporáneo, los contratos individuales han cedido terreno a la contratación en masa, en la que las empresas hegemonícamente ofrecen contratos estandarizados a una pluralidad de sujetos indeterminados¹²⁰. Este fenómeno, es uno de los elementos más preponderantes de la influencia de aspectos económicos en el Derecho, y determina el nacimiento y desarrollo de las Condiciones Generales de Contratación, al realizarse una importante parte del tráfico comercial por medio de condiciones uniformes y preestablecidas, impuestas por las empresas, que pueden darse ese lujo en base a su dominio del mercado, imponiéndolos a sus posibles clientes sin posibilidad de modificación. En una etapa incipiente la contratación en masa se realizó principalmente a través de las grandes empresas y multinacionales, sin embargo, la globalización de las relaciones de consumo ha traído como resultado que pequeñas y medianas empresas, especialmente en el sector terciario de la economía, utilicen cada

¹¹⁹ Art. 4 LCGC.

¹²⁰ Ya indicaba J. GARRIGUES (“Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil”. *RDM*, nº 71, 1959, p. 49) que la contratación en masa de las grandes empresas ha inundado todos los sectores de la población. En comparación con esta masa de contratos es irrelevante la significación de los contratos puramente civiles. Son, en efecto, escasísimos los contratos de depósito o de préstamo en los que no sea un Banco el depositario o el prestamista; y técnicamente es inconcebible un contrato de transporte por ferrocarril o, por avión, o un contrato de seguro, en el que el porteador no sea una empresa mercantil.

vez más esta técnica de contratación para afrontar el creciente volumen de actividad negocial. La función principal y natural de este tipo de manifestación del consentimiento es hacer propicia la contratación en masa. Es justo reconocer que incluso para la parte débil las condiciones generales ahorran costos de transacción. Además mediante este sistema contractual, los inversionistas pueden emprender proyectos de gran envergadura. Las condiciones generales permiten a quien las utiliza una eficaz programación de sus recursos, técnicas de producción y comerciales, pues puede pronosticar y estar al tanto de sus compromisos y obligaciones.

Efectivamente, de forma paralela al esquema tradicional de contratación, conocida como contratación paritaria o negociada porque el contenido del contrato era elaborado y negociado por las partes contratantes en pleno ejercicio de su libertad contractual, en las últimas décadas, y en concordancia con las transformaciones y adecuaciones del Derecho a los incesantes cambios tecnológicos, se ha desarrollado una nueva modalidad contractual, denominada contratación en masa, en serie o estandarizada, cuyos más notorios ejemplos son los contratos celebrados por adhesión y los estipulados a través de condiciones generales¹²¹. En vista de esta experiencia, se ha comentado que los antiguos contratos negociados son concertados casi artesanalmente por los contratantes, y cuyo desfase respecto de la realidad de los mercados de la actualidad, es una adquisición definitiva de la cultura jurídica¹²². La producción en masa tiene como resultado lógico la contratación también en masa: no es posible dar salida a toda la producción negociando individualmente cada una de las mercaderías, al modo tradicional; es imperioso, por tanto, que para efectuar la contratación de esos bienes se utilice un método más rápido que deje de lado los tratos individuales y la intervención de personas con poderes para negociar y redactar nuevas cláusulas contractuales¹²³.

¹²¹ E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato...*, *op. cit.*

¹²² Cf. L. Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1996, vol. I, p. 130; C. Martínez de Aguirre, "Las nuevas coordenadas del derecho de la contratación", *AC*, 1994, nº 14, p. 244

¹²³ J.A. Ballesteros, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, p. 25; A. Somma, "L'impiego dell'

Los contratos en serie (*serienvertrag*) o contratos en línea (*reihenvertrag*), apelativos estos que fueron sugeridos para superar aquel de contratos en masa, están enlazados con los requerimientos de programación empresarial propios de la producción moderna a gran escala de bienes o de servicios, del comercio a gran escala, de la actividad de los bancos, de las empresas de seguros, de los entes distribuidores de servicios públicos. Como los bienes o servicios son elaborados o son distribuidos según procedimientos de producción o distribución uniforme, de la misma manera vienen regularizadas las relaciones contractuales con los consumidores de los productos o con los usuarios de los servicios, esto es, de manera uniforme. El vínculo entre producción y distribución a gran escala y contratación uniforme es, de por sí, evidente y concomitante: la empresa que produce o distribuye a gran escala debe poder conocer, con antelación, cuáles deben ser el precio y las condiciones de venta de los propios productos, para emprender y planificar la actividad de producción y distribución¹²⁴.

Cabría entonces preguntarnos si el principio de la autonomía de la voluntad aplica actualmente sólo a los contratos individualizados, cada día más escasos, o rige además en todo el amplio espectro de la contratación mercantil, donde numéricamente predominan los contratos celebrados a través de condiciones generales. Recordemos que el principio de autonomía de la voluntad tuvo su apogeo al amparo de la codificación civil y mercantil del siglo XIX, que lo estableció como un dogma bajo la presunción de la igualdad de las partes en la contratación. El postulado non ha podido desprenderse del todo del Derecho del seguro, al menos si atendemos a lo afirmado por la STS 1ª 7 enero 1967:

“... la entidad aseguradora no goza de facultad unilateral de elevar las primas del contrato so pretexto de acomodarlas a las señaladas en el art. 1.º de la Orden de 30 de marzo de 1949; porque si bien es cierto que dicho precepto impone a las compañías aseguradoras el deber de acatar las tarifas establecidas en él, no debe

espressione contratto di massa nell'esperienza giuridica tedesca con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza meno resenti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 147.

¹²⁴ Cf. F. GALGANO, *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch 1992, pp. 69 ss.

olvidarse que ello no deroga el principio de la autonomía de la voluntad, que en nuestro ordenamiento positivo impera en materia contractual (arts. 1.089 y 1.255 Cc) ni modifica para nada la obligatoriedad de lo pactado a que aluden los artículos 1091, 1258 y 1.278 del mismo cuerpo legal, que, conforme al aforismo pacta sunt servanda, y los arts. 1.091 y 1.256 de la citada ley sustantiva, prohíbe a los estipulantes alterar a su arbitrio lo convenido sin contar con el asentimiento de su adversario o acudir a los Tribunales de justicia u organismos estatales que, a tal efecto, gocen de competencia”

Existe una posición doctrinal, en mi opinión exagerada y más concentrada en el factor sociológico que en el jurídico, de que estamos ante la ausencia absoluta de libertad y de igualdad entre las partes contratantes que se pone en evidencia con el fenómeno de la contratación en masa, y que concurren circunstancias que permiten afirmar que existe un déficit de funcionamiento de la autonomía de la voluntad¹²⁵. Comparto la opinión de que el fenómeno de la contratación en masa (que de fenómeno ya tiene muy poco) implica la desigualdad entre las partes contratantes. Pretender que la empresa que predispone e impone la mayor parte del contenido contractual actúa en igualdad de condiciones que el adherente es una ingenuidad, puesto que su posición de predominio es evidente. Sin embargo argumentar un “déficit de funcionamiento de la autonomía de la voluntad” equivale a tirar un ancla conceptual y aferrarse a la idea de que las instituciones jurídicas que regulan los actos de comercio del siglo XXI sean iguales a la época en que la producción de bienes y servicios era eminentemente artesanal.

En este sentido, más enfocada en el plano técnico-jurídico, que ha de ser el que nos compete, es la opinión de L. DÍEZ PICAZO¹²⁶ quien señala que la libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentra en este tipo de contratos de algún modo restringidas.

¹²⁵ Vid. M. YZQUIERDO TOLSADA, “El nuevo derecho de la contratación”, en su libro *Derecho del Consumo*. Mataró, Editorial Cálamo, 2005, p. 45.

¹²⁶ L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 5ª edición, Madrid, Civitas, 1996, pp. 131 ss.

En la actualidad, si bien continúa evolucionando, distanciándose de la concepción decimonónica y siendo objeto de limitaciones propias del ordenamiento jurídico, de la actual tendencia de los mercados y la economía en general, la autonomía de la voluntad sigue teniendo vigencia, al menos formal y restringida, tanto en las legislaciones internas como en el ámbito internacional¹²⁷.

Pero responder afirmativamente a la pregunta de si sólo a los contratos por negociación le es atribuible el principio de la autonomía de la voluntad sería una opción muy arriesgada, ya que implicaría prácticamente dar por muerto el principio de autonomía de la voluntad.

Si bien es cierto que desde hace ya algún tiempo es posible afirmar que la técnica de celebración de contratos por medio de clausulados negociales elaborados de antemano es abrumadoramente mayoritaria, la autonomía del adherente se ve limitada al hecho de contratar o no, quedando en manos del predisponente la fijación de elementos, cláusulas y contenido del contrato¹²⁸.

En otras palabras, aunque los contratos individualizados cada vez se celebran menos la autonomía de la voluntad no es un principio extinto, más bien está limitado por muchos factores, ya sean de tipo normativo (que los pactos no sean contrarios a la ley, a la moral o al orden público, como finaliza el art. 1.255 Cc); conceptual-jurisprudencial (las partes no pueden variar la naturaleza jurídica de los contratos por llamarlos de otra manera); o por restricciones provenientes de la actuación de una de las partes, como es el caso de las condiciones generales de la contratación, de las que

¹²⁷ El Derecho Internacional Privado lo consagra en los Principios de UNIDROIT, al señalar que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” (Art. 1.1), y explica a su vez en su comentario que “la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”.

¹²⁸ J. PAGADOR LÓPEZ, “Las Condiciones Generales de la Contratación: Introducción y Régimen Jurídico de los Contratos Celebrados Mediante Ellas”, En BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 165.

acertadamente ha manifestado el Profesor XAVIER O'CALLAGHAN¹²⁹, por un lado, son la máxima expresión de la autonomía de la voluntad para la parte contractual que las incluye en el texto del contrato y, por otro, constituye una limitación a dicha autonomía, para la parte que, sin haberlas establecido, tiene que aceptarlas, sin posibilidad de modificarlas o cambiarlas.

En este segundo aspecto (limitante) de la autonomía de la voluntad se encuentran las condiciones generales de la contratación, las cuales podemos definir como aquellas cláusulas predispuestas por el empresario, cuya incorporación a los contratos son impuestas por éste. Se trata de cláusulas contractuales que tienen como finalidad dar uniformidad a los contratos realizados en masa, conocidos como contratos de adhesión o por adhesión¹³⁰.

II. Contratos tipo y contratos de adhesión

1. Caracterización

En el mundo del comercio, resulta habitual la contratación a través de la adhesión a condiciones generales, lo cual se ve materializado en diversas áreas: de seguros, del mercado de valores, bancaria, transporte aéreo, enajenación de bienes y prestación de servicios, etc. Ahora bien, esta forma de contratación prácticamente da por asumida la eliminación de las negociaciones preparatorias existentes en la mayoría de los contratos

¹²⁹ X. O'CALLAGHAN, "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en NIETO CAROL, U. (coord.): *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Madrid, Civitas, 1994, p. 201.

¹³⁰ La expresión *contratos de adhesión* (en francés *contrat d'adhesion*, en inglés *standard form contracts* o *standard form documents*) predomina en los ordenamientos jurídicos de Francia, Inglaterra, y países latinoamericanos como Panamá, siendo la expresión *condiciones generales de la contratación* la que terminó asentándose en España, por influencia del ordenamiento italiano y alemán. Haciendo la relación entre ambas, las condiciones generales son las cláusulas redactadas previamente con vistas a incorporarlas en los contratos de adhesión.

celebrados entre personas naturales, por medio de las cuales las partes tantean, deliberan y establecen tanto las cláusulas definitivas como las condiciones de la negociación. Debido a esto, es muy raro encontrar en la actualidad el sello personal en la contratación mercantil, ya que resulta habitual que los bienes y servicios se produzcan y comercialicen de manera estandarizada y uniforme, a través de contratos efectuados en serie, rígidos e invariables en su redacción, por lo cual tiende a eliminarse o llevarse a la mínima expresión la voluntad del consumidor en el contenido del acto jurídico. En vista de lo anterior, la reflexión en torno del contenido del contrato queda sustituida por una técnica rutinaria, consistente en formularios impresos, que favorecen el máximo rendimiento, con el consecuente detrimento de la parte débil de la negociación¹³¹.

Las cláusulas unilateralmente dispuestas a manera de un esquema preelaborado, rígido y uniforme, únicamente dejan dos opciones al consumidor, por una parte aceptar las cláusulas en su totalidad o de lo contrario, renunciar a los bienes y servicios objeto del contrato. De manera que el consumidor ve reducida su libertad a la conclusión del negocio con lo que su voluntad es minimizada ya que solamente puede decidir celebrar o no el contrato, pero en caso de que resuelva celebrarlo debe someterse a las normas preestablecidas por la otra parte.

Los contratos-tipo, instrumentos de la nueva *lex mercatoria* en la contratación internacional, provienen del mercado global a la formulación de contratos a nivel local. El gremio asegurador global, que genera en el seno de la nueva *lex mercatoria* Contratos-tipo para el desarrollo de sus actividades mercantiles, se vale del nuevo orden jurídico empresarial, establecido por empresas transnacionales con filiales en todas partes del mundo, para introducir en los mercados nacionales las principales condiciones del contrato de seguro dadas en la práctica del comercio

¹³¹ R. STIGLITZ y G. STIGLITZ, *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Buenos Aires, 1985, p. 48.

internacional. Se trasladan así a los mercados locales nuevos estándares de contratación que buscan la seguridad jurídica del asegurador en la realización de sus transacciones, y que incorporan la experiencia en otros mercados locales y en el campo internacional donde se han introducido exitosamente estos modelos de contratos-tipo. Esta incorporación realizada por la industria aseguradora supone una estandarización, como en el comercio internacional, de los contratos en el mercado nacional, pues al igual que en el ámbito global los sectores económicos conforman gremios que instauran unas reglas mínimas del mercado para el fortalecimiento de su actividad.

El éxito de esta importación de los modelos contractuales depende principalmente de dos factores: a) Que las formas contractuales o contratos-tipo importados sean compatibles con las principales normas de orden público y; b) Las características del contrato de seguro en los mercados locales y especialmente la de ser un contrato de adhesión. Respecto del primer factor, las compañías aseguradoras introducen estos modelos contractuales con base en el principio de la autonomía de la voluntad, partiendo de la premisa de que deben realizar algunos ajustes en el modelo contractual importado para que se adecue a las normas de orden público, pero manteniendo la esencia del clausulado del contrato que asegura sus intereses como parte contractual dominante. En cuanto al segundo factor, a diferencia de cómo ocurre en los mercados internacionales donde los poderes económicos de las partes se compensan y es posible la discusión y modificación de los formularios generales de contratación, en los mercados locales es común la característica para el contrato de seguro de ser un contrato de adhesión.

Nada imposibilita a las partes para efectuar una redacción completamente original de un contrato, pero la contratación requiere tener en cuenta una serie de extremos de tal complejidad que sólo los especialistas en un sector mercantil determinado con experiencia acreditada pueden proporcionar, sin perjuicio de que los contratantes en uso de su

autonomía de la voluntad puedan incorporar determinados aspectos privativos al contrato.

2. Elementos diferenciales

Los conceptos de “contratos de adhesión” y de “contratos tipo” pese a su íntima conexión no son nociones equivalentes. Las primeras se limitan a enumerar una serie de cláusulas que las partes contratantes pueden incorporar al contrato, ya sea directamente o bien “por referencia” y, por consiguiente, el formulario de las condiciones generales no es un contrato en sí mismo. A su lado el contrato tipo es un documento impreso que puede utilizarse válidamente como contrato, siempre que las partes lo firmen y lo completen, pues es usual que se dejen espacios en blanco; y también es posible que el texto pueda modificarse y adaptarse a fin de acomodación a la concreta transacción que se está realizando. Nos encontramos ante “un modelo de contrato o conjunto de condiciones tipo en forma escrita, cuyas disposiciones han sido formuladas de antemano por un organismo internacional con arreglo a la práctica o a la costumbre comercial internacional y que ha sido aceptado por las partes contratantes tras haber sido determinada de conformidad con las necesidades de que se trata”¹³². El modelo así constituido comporta dos importantes consecuencias. En primer término, garantiza el equilibrio entre las partes, circunstancia que lo diferencia de los tradicionales contratos de adhesión en los que existe una sola fórmula impuesta por una de las partes contratantes como forma definitiva del contrato; en este caso la otra parte, calificada generalmente como “parte débil”, se limita a consentir o a rechazar el texto propuesto quedando inhabilitada para modificar sus términos o condiciones¹³³. En

¹³² Cf. C.M. SCHMITTHOFF, “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, *ICLQ*, vol. 17, 1968, p. 557.

¹³³ C.M. SCHMITTHOFF, “Standard Contracts and the Protection of Weaker Party in International Trade Relations”, *New Directions in International Trade Law*, vol. I, Dobbs Ferry, 1977, pp. 177–194; J.M^a GONDRA ROMERO, “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte ‘más débil’ en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 231–247.

segundo término, no obstaculiza el principio de libertad contractual al permitir a las partes modificar o mejorar las cláusulas del contrato.

Una aproximación a los contratos de adhesión revela que son todos aquellos en los cuales una de las partes fija las condiciones, lo redacta, pone todas las pautas del mismo, y la otra, sin posibilidad de negociar o consensuar, se limita únicamente a aceptar el contrato tal como se le presenta o bien apartarse de él. Por lo tanto las partes se encuentran en situaciones de evidente desigualdad. Dicho de otra forma, aquellos en los cuales el contenido contractual ha sido establecido con antelación, por uno solo de los contratantes, al que se deberá adherir el co-contratante cuando desee perfeccionar la relación jurídica obligatoria.

Los contratos tipo o contratos modelo, que pueden ser utilizados sin distinción en varios países, y su contenido suele dar solución a los asuntos de los operadores jurídicos con un volumen limitado de negocios. A pesar de que se mencionan antecedentes muy remotos¹³⁴, el nacimiento de esta clase de instrumentos se produjo en el sector de las mercaderías básicas, a partir de que fueron introducidas por la *London Commercial Trade Association* en las últimas décadas del siglo XIX, convirtiéndose en la actualidad en la práctica común; por ejemplo, la Asociación del Comercio de Cereales y Alimentos ha elaborado casi una centena de contratos relacionados a la venta de cereales, trigo, arroz y frijoles. Sin embargo, los contratos tipo no han sido tan habituales en otros sectores de producción mucho más especializados por no proporcionar en todas las ocasiones una apropiada solución a las necesidades del tráfico mercantil.

Los contratos de adhesión y los contratos tipo, también son conocidos con la denominación “contratos normalizados” o, con un claro anglicismo, “contratos estandarizados”, siendo cada vez más numerosos y de habitual utilización en la práctica internacional, envolviendo un gran volumen de transacciones relativas a sectores muy concretos. También reciben nombres como “contratos tipo de compraventa”, “contratos tipo de edición”, “contrato tipo de transporte terrestre”, etc...¹³⁵. Existe el convencimiento, a

¹³⁴ J. LEAUTE, “Les contrats-type”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, pp. 429 ss.

¹³⁵ J.F. LECLERCQ, J. MAHAUX y A. MEINERTZAHAGEN-LIMPENS,

pesar de tener como única fuerza jurídica la que las partes le otorgan a partir de su aceptación, de que han sido elaborados de forma equitativa por los operadores jurídicos intervinientes en una específica rama de actividad comercial o industrial. En ellos se normalizan los enfoques jurídicos de distintos países y culturas y se da contestación a las interrogantes más frecuentes sobre la redacción de acuerdos comerciales internacionales. Sus objetivos principales pueden reducirse a tres:

A) Esta expresión de autorregulación se constituye en un instrumento superador de la ineludible inflexibilidad y abstracción de las normas jurídicas reguladoras de los contratos internacionales por adecuarse mejor a la rama mercantil considerada.

B) Ayudan a depurar el complicado entramado de la contratación brindando a las partes contratantes la comprensión de sus derechos y obligaciones y de los eventuales riesgos que la operación contractual puede implicar¹³⁶.

C) Evita la incertidumbre que por lo general acompaña en la contratación internacional a numerosos contratos de venta internacional con motivo de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado y, específicamente, de lo imprevisible del ordenamiento regulador del contrato resultante de la operación; a lo que deben agregarse las complicaciones que puede suponer el conocimiento del eventual Derecho extranjero aplicable al contrato¹³⁷.

Su generalizada aplicación como instrumento simplificador del comercio internacional, partiendo así, de su inclusión manifiesta en el ámbito contractual, ha completado una nueva perspectiva de autorregulación que ha tenido el acierto de darle uniformidad a múltiples

Quelques aspects des contrats standardisés, Bruselas, 1982, pp. 240 ss.

¹³⁶ J.M^a GONDRA ROMERO, “Protection de la partie ‘la plus faible’ en droit de la vente internationale”, *New Directions in International Trade Law*, vol. II, Dobbs Ferry, 1977, pp. 571–573.

¹³⁷ L. KOPELMANAS, “International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law”, *The Sources of the Law of International Trade* (C.M. Schmitthoff, ed.), Nueva York, 1964, pp. 118–126.

usos mercantiles siendo usualmente bien acogidos por asegurar un cierto equilibrio entre las partes contratantes. Esa uniformidad puede ser de naturaleza vertical, que es la más desarrollada en la práctica, cuando el proceso se realiza en una determinada rama de la producción, o de naturaleza horizontal, cuando pueden ser empleados para cualquier modalidad de contratación. Al mismo tiempo, el alcance de estos instrumentos no es unívoco ya que desde el punto de vista de su ámbito de aplicación deberá hacerse la distinción entre los que envuelven la generalidad de los productos o ramos comerciales y de servicios y los que cubren de manera exclusiva a un determinado producto o servicio¹³⁸.

El origen profesional/comercial de estos instrumentos les separa a primera vista de las legislaciones nacionales. No por nada existe una gran demanda de contratos normalizados y particularmente de contratos de una cuantía económica limitada que los empresarios suelen redactar por sí mismos. A pesar de las tentativas por disuadir la aplicación de esta práctica, muchos empresarios siguen negociando sin asesoría jurídica, lo cual aumenta la necesidad de eliminar los problemas de una deficiente redacción. Con la utilización de este mecanismo se evita que las partes se vean en la necesidad de renegociar los términos contractuales cada vez que realicen una nueva transacción, proporcionando un cierto grado de certeza; de esta forma se favorece la difusión del ritmo de las transacciones comerciales en el sector de actividad considerado. Y en la cada vez más generalizada contratación pública es corriente su manejo mediante la denominada “incorporación por referencia”: Una escueta referencia en el pliego de condiciones es suficiente para saber cuál es la fórmula contractual que va a gobernar la operación.

Una recopilación de las indiscutibles ventajas de los contratos normalizados apunta, en primera instancia, a la simplificación del sistema de trabajo dentro del complicado proceso de negociación contractual al minimizarse la duración de la etapa precontractual y descartarse las desconfianzas que se originan cuando una de las partes es la que presenta

¹³⁸ S. MICHIDA, “Possible Avenues to Preparation of Standard Contracts”, *Unification of the Law Governing International Sale of Goods* (J. Honnold, ed.), París, 1966, p. 255.

su propio modelo de contrato como punto de inicio; la puntualización en esos documentos de los derechos y las obligaciones con carácter general permite a las partes enfocar sus negociaciones a los asuntos financieros y económicos de manera más precisa. Y, en adición a esa ventaja, que se suele convertir en una significativa reducción de los costes de la operación, esta técnica fortalece la necesaria certeza jurídica del negocio ya que al incluir una redacción más clara el texto elaborado (*a primera vista*, claro está) que la surtida de una negociación *ad hoc*, se favorece la disminución de las disputas judiciales. El texto así preparado permite interpretar la voluntad de los contratantes y sirve para solucionar las eventuales lagunas.

3. *Desviación del sistema y corrección institucional*

A) Desigualdad de las partes

Las argumentaciones fundamentadas en la intención de estas técnicas de garantizar el equilibrio necesario entre las partes en la contratación fueron evolucionando paulatinamente hasta generalizarse una práctica, en un sentido esencialmente contrario, tendente a hacer hincapié en la desigualdad de las partes en el contrato por dos motivos de diferente naturaleza. Por una parte, por la diversidad, puesto que surgieron en el mercado un número muy importante de fórmulas contractuales que estaban directamente relacionadas con la naturaleza de la actividad mercantil involucrada y con el protagonismo de algunos Estados en el comercio internacional; por otra parte, porque las mencionadas fórmulas contractuales se remitían de manera exclusiva a un ordenamiento jurídico en particular, coincidente con el del Estado predominante en el sector donde, curiosamente, tenía su domicilio la asociación redactora¹³⁹. Más recientemente esta práctica ha sido desplegada por las compañías multinacionales con la finalidad de defender sus intereses frente a su co-contratante; de esta manera, la entidad garantiza la uniformidad en la contratación para todas las empresas integrantes de su conglomerado

¹³⁹ Cf. P. BENJAMIN, “The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of Contracts”, *Journal of Business Law*, 1961, p. 119.

económico relacionado a industrias muy poderosas para que confeccionen contratos tipo a través de los cuales, y únicamente a través de ellos, establecen condiciones generales de venta. En determinados sectores de la economía, como por ejemplo en la comercialización de *commodities*, el manejo de fórmulas contractuales está tan propagado que a las partes les resulta más conveniente manejarse con ellas.

La desigualdad también emerge cuando el contrato tipo se practica habitualmente en el Estado de una de las partes pero no así en el Estado de la otra, siendo la dificultad mucho mayor cuando su imposición sitúa a una de las partes en una situación privilegiada: Imaginemos a un determinado grupo empresarial que pertenece a un mismo Estado que celebre un acuerdo tipo que incluya una serie de cláusulas mínimas para los contratos transfronterizos que contenga disposiciones sobre precios, garantías, confidencialidad, responsabilidad, modelos de propiedad industrial y la sumisión del contrato a la ley de ese Estado¹⁴⁰. Y a ello hay que añadir el riesgo de que los instrumentos resultantes, redactados por un grupo determinado, contengan disposiciones evidentemente discordantes con las normas reguladoras del mercado que protegen la competencia leal y la libre competencia. Esto suele suceder con determinados contratos modelo que incorporan un sistema de distribución selectiva de determinados productos de consumo de alta calidad como los relojes o los productos de maquillaje, que deben cumplir unos determinados criterios de calidad solicitados por el proveedor y que suelen imponer a las partes limitaciones a la competencia.

Son dificultades existentes que, aunque pueden solucionarse más fácilmente en el ámbito de un sistema de integración económica como el de la UE a través de la labor de las autoridades como la Comisión Europea en la redacción de contratos tipo que abarquen todo el territorio comunitario y en su supervisión (una vez solicitada la correspondiente exención individual), continúan dominando la práctica de la contratación

¹⁴⁰ Cuestión que, como es natural, se vincula, a la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas de los contratos. *Vid.* M. OTERO LASTRES, “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, *RJC*, 1977, pp. 759–786.

internacional¹⁴¹. Es verdad que la práctica mercantil internacional, con la intención de conseguir una máxima aceptabilidad universal de sus contratos modelo, ha buscado establecer un equilibrio entre los asuntos ordinarios que requieren soluciones estándar y los asuntos que dejan a las partes la posibilidad de elegir entre varias soluciones (“cláusulas opcionales”). Pero ese equilibrio es muy difícil de lograr. Si se formulan demasiadas opciones el modelo puede no resultar operativo, ya que los operadores jurídicos deberán enfrentarse a una opción entre muchos textos en presencia, y si las opciones son escasas el modelo puede resultar demasiado rígido y por lo tanto inadmisibles para quienes tienen necesidades específicas. Estamos en presencia de las denominadas “batallas de los formularios”¹⁴² que se ocasionan cuando las partes negocian un contrato a partir de cláusulas normalizadas pero que pueden poseer contenidos diversos o hasta incompatibles. Por lo demás la práctica añade, sobre todo en lo que respecta al empleo de las condiciones generales, dificultades de mayor envergadura cuando el texto es el resultado de una concertación que involucra operadores representantes de distintos intereses. Surgen así los “conflictos de interpretaciones” o la utilización de “cláusulas patológicas” cuando se establece el específico procedimiento de solución de controversias que se introduce en el contrato¹⁴³. Con ello se puede producir un alza de la litigiosidad que era, justamente, lo que se procuraba evitar con el empleo de las técnicas normalizadas.

En la solución de estos inconvenientes las asociaciones profesionales al circular modelos de contrato normalizados y equilibrados pueden coadyuvar sustancialmente a las buenas prácticas contractuales en el comercio internacional, estableciendo en ellos un preámbulo que explique

¹⁴¹ Esa es la función, por ejemplo del Reglamento N° 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del ap. 3 del Art. 81 del TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

¹⁴² A. BOGGIANO, “International Standard Contrates”, *R. des C.*, t. 170, 1981, pp. 28–33; U. DRAETTA, “La Battle of Forms nella prassi del commercio internazionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1986, pp. 319 ss.

¹⁴³ Por ejemplo, cuando se indica a las partes que señalen expresamente una opción concreta (jurisdiccional o arbitral) y no cumplimenten tal extremo. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI, “El convenio arbitral defectuoso”, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415–421.

cómo deben utilizar las partes los mencionados textos y haciendo indicación de posibles violaciones en el cálculo de las cuotas de mercado, de la estipulación del ámbito geográfico del mercado relevante, o de las restricciones prohibidas. Pero también pueden alcanzarse resultados radicalmente antitéticos al proponer textos de forma interesada que se remiten para su interpretación y aplicación a un único ordenamiento jurídico porque están ideados especialmente para ese sistema que, curiosamente, es aquel en el que la asociación de comerciantes en cuestión tiene su sede. Se aprecia en estos casos una clara inclinación en beneficio de una de las partes.

La práctica registra casos en las dos direcciones. Por ejemplo, los contratos normalizados del Derecho marítimo, los relativos a proyectos internacionales de ingeniería o los correspondientes al sector de la compraventa de grano se elaboran a partir de un complejo sistema de concertación que involucra a los organismos profesionales que representan el criterio de sus miembros; un proceso que requiere que el texto aludido sea confeccionado y examinado por los operadores jurídicos involucrados y sino la unanimidad para ser aprobado, por lo menos un consenso muy amplio. Asunto distinto es cuando dichos instrumentos son confeccionados por los propios proveedores de bienes y de servicios sin la participación de los adquirentes o de los usuarios de tales bienes o servicios, lo que permite entonces hablar de contratos normalizados de carácter unilateral. En este caso podemos estar ante un obvio atropello en perjuicio de los intereses de los consumidores toda vez que la previsión unilateral impuesta por las asociaciones que elaboran estos textos normalizados, incluso el propio idioma¹⁴⁴, resuelve en beneficio propio y por adelantado lo que debería ser el resultado último del contrato; de ahí que las normas sobre defensa de la competencia y de los consumidores y usuarios presten un cuidado especial a esta eventualidad con el objeto de evitar efectos indeseables¹⁴⁵.

¹⁴⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Condiciones generales en la contratación internacional*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 106–111.

¹⁴⁵ A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo”, *RDM*, 1980, pp. 385–436.

Quienes defienden esta modalidad contractual en el comercio internacional hacen énfasis en las ventajas de una concertación que manifieste los intereses de todas las partes involucradas en la redacción del texto y en sus virtudes en relación con las reglamentaciones de origen estatal o internacional, ventajas y virtudes que provienen directamente de la flexibilidad del procedimiento y de su expedita adaptación a las necesidades de la práctica. Pero tampoco desconocen los inconvenientes de los resultados de una concertación en la que participan tantos sectores involucrados, pues si la práctica demuestra que una determinada cláusula no está correctamente redactada y causa problemas de interpretación su examen será difícil en el sentido de que nuevamente deberá contar con el apoyo de las entidades que participaron en su redacción. Este hecho, en adición a la mencionada normalización unilateral, propicia que los esfuerzos en pos de eliminar la incertidumbre y la inseguridad en la formulación jurídica de los contratos tipo o de las condiciones generales de venta puedan quedar malogrados por la falta de unos principios comunes y llevar a las partes a situaciones tan insospechadas como las que proporcionan las soluciones clásicas basadas en las normas de conflicto¹⁴⁶. Una resolución adecuada sería que estas modalidades fuesen el producto de una negociación entre los grupos interesados, incluyendo a los consumidores, y que podría estar supervisada por una autoridad nacional o internacional¹⁴⁷. Esto explica que el uso de condiciones generales o contratos tipo redactados por entidades independientes esté más abundantemente propagado que las que provienen de asociaciones de comerciantes que no garantizan el equilibrio entre los intereses de las partes contratantes.

¹⁴⁶ A. GOLDSTAJN, "International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law", *The Sources of the Law of International Trade* (C.M Schmitthoff, ed.), New York, 1964, p. 116.

¹⁴⁷ Ch. DEL MARMOL, "Les clauses contractuelles types, facteur d'unification du droit commercial", *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gante, 1966, p. 313.

B) Mecanismos de corrección¹⁴⁸

Por causas como las explicadas han tenido acceso algunas instituciones internacionales en un intento de sustituir y armonizar la diversidad de fórmulas contractuales elaboradas por las asociaciones de comerciales y, lo que es más importante, con el objeto de evitar la remisión concreta a un ordenamiento estatal específico al establecer una reglamentación detallada de los derechos y de las obligaciones de las partes, con lo que sería excepcional tal eventualidad¹⁴⁹. Ello ha favorecido una generalización nunca antes vista de esta técnica unificadora, siendo justo y necesario destacar el trabajo realizado por la ONU a través de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y, más que nada, de la Comisión Económica para Europa (CEPE) a solicitud expresa de los Estados miembros, pero en todo momento a instancia de las asociaciones empresariales vinculadas al comercio internacional. Luego de un complejo mecanismo de redacción que ha desempeñado la Secretaría de la CEPE arreglando los materiales comparativos de las condiciones generales y de las fórmulas de los contratos tipo que utilizan las distintas asociaciones de comerciantes, y de los grupos de trabajo *ad hoc*, teniendo en cuenta las observaciones de los Gobiernos, se llega al texto definitivo. Dicho texto se divulga por la propia CEPE para su conocimiento público y su utilización tiene un carácter voluntario por parte de las asociaciones de comerciantes. La práctica comercial ha probado la bondad de estos instrumentos sobre todo, en un primer período, en lo que respecta a las Condiciones generales para el suministro de materiales de equipo destinados a la importación y la exportación¹⁵⁰, a las Condiciones generales para la venta internacional de

¹⁴⁸ Vid. por todos J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003.

¹⁴⁹ A. BOGGIANO, "International Standard...", *loc. cit.*, pp. 18–20.

¹⁵⁰ Entre estos organismos la CEPE, ideó algunos contratos que establecían condiciones generales para la venta de equipamientos industriales, incluyendo su montaje. Esas condiciones llevan el nº 188, distinguiéndose diferentes tipos de contratos por las letras A, B, C, etc.. Estos contratos son publicados por la ONU y sus formularios son puestos a la venta para su utilización por las partes contratantes.

maderas duras de la zona templada, de maderas resinosas aserradas, y de combustibles sólidos para la exportación; a ellas deben agregarse contratos para la venta de cereales y las Condiciones generales para las mudanzas internacionales¹⁵¹. En una segunda etapa fueron aprobadas las Condiciones generales de venta de frutas y verduras frescas, incluidos los cítricos y las Condiciones generales y normas de valuación de papas. Por supuesto, y más allá de su amplia ocupación codificadora, debe destacarse la actividad de la UNCITRAL en la supervisión de los instrumentos que estamos analizando¹⁵².

Para finalizar no puede olvidarse que dentro de las distintas alternativas que actualmente se manejan en la Unión Europea para uniformar el Derecho de los contratos está la elaboración de contratos tipo propiamente comunitarios. Existe el criterio de que el empleo de estos instrumentos facilita las transacciones económicas, evita que las partes tengan que renegociar los términos del contrato en cada nueva transacción y, también, aportan cierto grado de certeza a las partes. De tal manera que en la práctica llegan a tener categoría reglamentaria. Pero en el comercio transfronterizo las ventajas apuntadas pueden disiparse, resultando con frecuencia muy dificultoso celebrar un contrato con una parte de otro Estado miembro que no respeta los términos de los contratos tipo a los que la otra parte está acostumbrada. En otras palabras, las partes de distintos Estados miembros pueden estar habituadas a cláusulas diversas utilizadas usualmente en sus respectivos territorios. He aquí donde la respuesta comunitaria podría solucionar a satisfacción estos problemas “si se elaboraran contratos tipo destinados a ser empleados en toda la CE”, promoviendo la Comisión la elaboración de dichos contratos por las partes interesadas¹⁵³.

¹⁵¹ *Vid.* un análisis de estos instrumentos en el “Informe del Secretario General: posibilidad de formular condiciones generales que comprendan una gama más amplia de productos (A/CN.9/78”, *Anuario Uncitral*, vol. IV, 1973, pp. 84–86).

¹⁵² G.G. LETTERMAN, *Unidroit's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, La Haya, 2002.

¹⁵³ “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo” de 11.07.2001 COM (2001) 398 final.

4. Modelos en presencia

A) Carácter empresarial

También denominados *standard agreements*, la elaboración de estos instrumentos por lo general queda asegurada por una asociación de profesionales comerciantes de un determinado ramo (seda, cereales, algodón, entre otros...) que usualmente están situadas en las principales plazas donde se practica el comercio de una mercadería en particular: Londres, sin lugar a dudas la más importante, Hamburgo, Bremen, Milán, Génova, Lyon o Le Havre. Dentro de una muy extensa lista pueden mencionarse, a manera de ejemplo, la *London Corn Trade Association*; la *Timber Trade Federation of the United Kingdom*, la *Incorporated Oil Seed Association*, *The Cocoa Association of London Ltd.*, la *Associazione del Commercio dei Cereali e Semi* o la *London Cattle Food Trade Association (Inc.)*... Se trata de organismos cuyos fines no son siempre compatibles, pues mientras que un grupo se caracteriza por un fuerte espíritu corporativista, otro de carácter más abierto, procura salvaguardar, al menos como principio orientador, el respeto del conjunto de los intereses económicos derivados de una operación en particular, garantizando el equilibrio entre las partes contratantes sin tener en consideración cuál fuera su nacionalidad¹⁵⁴.

Son textos que por lo general vienen ordenados en formularios en cuyo contenido principal se plasman las condiciones jurídicas generales de una contratación y en cuyos anexos se establecen aquellas condiciones de naturaleza más negocial. En cuanto a su contenido admiten muchas posibilidades: unos son breves, sucintos y contienen reglas que únicamente incorporan un mínimo de generalidades; por el contrario, otros son amplios, muy minuciosos e incluyen especificaciones incluso relacionadas

¹⁵⁴ M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milán, 1976, pp. 54–57.

a hipótesis poco frecuentes. Como muestra, en los contratos internacionales de ingeniería las condiciones generales se complementan con las condiciones particulares que incluyen las particularidades de cada proyecto concreto: Homologación de los materiales empleados, tablas de contracciones de los metales, calidad del hormigón utilizado, etc...¹⁵⁵. Se trata de técnicas apropiadas para una importante gama de actividades comerciales e industriales, al margen de las señaladas, en donde es frecuente la utilización de empresas conjuntas, que incluye el transporte, la prospección y la explotación de recursos naturales, y el sector de la hotelería y el turismo. Además son técnicas muy frecuentes en los contratos de licencia para programas IBM, en los contratos en el sector de las industrias mecánicas, eléctricas, electrónicas y metalúrgicas que elabora el *Liaison Group of the European Mechanical, Electrical, Electronic and Metalworking Industries* (ORGALIME) y en los contratos de *factoring*, de *joint ventures* o de *know how* internacionales.

III. Marco regulador: diversidad de normas aplicables y aplicación al contrato de seguro

1. Noción de póliza de seguros

El seguro es un mecanismo de transferencia de riesgo, pero con límites. Las pólizas incorporan límites cuantitativos para la indemnización de las consecuencias del siniestro, las cuales se relacionan con el concepto de interés asegurado. Los límites del seguro privado se enuncian en términos de valores asegurados, deducibles, cláusulas de coaseguro pactado, y también en función de fronteras cualitativas que se detallan en términos de condiciones de cobertura y exclusiones. Las cláusulas de estos contratos definen los riesgos cuya realización da nacimiento a la obligación condicional del asegurador. En este escenario, la póliza de seguro, que

¹⁵⁵ G. LEFEVRE y J. D'HOLLANDER, "La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie", *Revue Juridique Thémis (Québec)*, vol. 31, 1997, p. 228.

también puede ser denominada como contrato de seguro, establece los términos por los cuales el asegurador se obliga a indemnizar un daño o a pagar una suma al producirse una eventualidad prevista en el contrato. El contratante del seguro, por su parte, se obliga a pagar una prima a cambio de la cobertura. La lógica sugiere que la prima le permitirá al asegurado sortear perjuicios económicos mayores en caso de que el siniestro llegue a ocurrir. La póliza de seguro está integrada por varios elementos, como el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación del asegurador a resarcir¹⁵⁶.

Por su parte el interés asegurable establece una relación lícita entre un bien y un valor económico. Se pueden asegurar cosas materiales (como un inmueble o un automóvil) y cosas inmateriales (como un perjuicio económico o la no continuidad de una actividad productiva), siempre y cuando puedan ser estimables en dinero, que existan con anterioridad a la suscripción de la póliza y que sean objeto de una estipulación lícita. El riesgo asegurable es un acontecimiento futuro, posible e incierto que puede producir un daño patrimonial al asegurado, mientras que la prima es el costo de la póliza. Finalmente, la obligación del asegurador a indemnizar, depende de la concreción del riesgo asegurado.

Puede entenderse por póliza, en términos generales, aquel documento que compone el contrato de seguro. Dicho documento establece las normas que reglamentan las relaciones contractuales entre el asegurador y el asegurado y sólo cuando ha sido emitido y aceptado por ambas partes con las formalidades legalmente exigidas, puede afirmarse que han nacido los derechos y obligaciones que provienen del mismo. A pesar del tratamiento indiviso que la legislación otorga a la póliza de seguros, en la práctica es frecuente que ella se distinga en distintas secciones: Condiciones generales, condiciones particulares y condiciones especiales. a) las condiciones generales estipulan el conjunto de principios básicos que establece el asegurador para uniformar todos los contratos de seguro del mismo ramo o modalidad; b) las condiciones particulares detallan elementos subjetivos y

¹⁵⁶ M.L. APARICIO GONZÁLEZ, “Consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de la póliza del contrato de seguro”, en J.L. IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996.

objetivos relacionados al riesgo individualizado, como: tomador, asegurado, beneficiario, efecto y vencimiento del contrato, frecuencia en el pago de primas y la cuantía de las mismas, riesgo objeto de cobertura, cosa asegurada, etc.; c) Las condiciones especiales: tienen como fin perfilar o matizar el contenido de alguna de las normas establecidas, como: franquicias a cargo del asegurado, supresión de alguna exclusión o inclusión de otras nuevas, etc. Por ejemplo, cuando se habla de transporte, se conoce como póliza de Fletamento o *Charter Party*.

2. Ámbitos de protección

En los contratos de seguro la regulación de las condiciones generales está sometida a normas heterogéneas, dada la complejidad de su contenido y la variedad de posibilidades que ofrece.

Para el estudio de las condiciones generales de los contratos de seguro, debemos tener en cuenta que si la LCS, específicamente su art. 3, estableció por primera vez en España un régimen jurídico en ese concreto ámbito de aplicación, sólo constituyó el punto de partida, que fue complementándose gradualmente con diversas leyes cuyo objeto fue el establecimiento de un régimen general para las condiciones generales de la contratación y la prohibición de cláusulas abusivas.

La prohibición de las cláusulas que vulneran el justo equilibrio de prestaciones no se basta en que estemos ante una rama especial del Derecho que persiga proteger a una categoría especial de contratantes por razón de su status jurídico –“consumidores” –, sino en una forma específica de contratación en que el contenido del contrato no se acuerda por la libre negociación entre las partes al venir unilateralmente preestablecido por una de ellas; y como a la otra parte se le despoja de la libertad de determinar el contenido del contrato, el principio de buena fe extrema las obligaciones que le son propias, prohibiendo al predisponente incorporar condiciones que desequilibren el contrato en beneficio propio o sorprendiendo indebidamente a su clientela. La prohibición de las cláusulas abusivas no representa, por lo tanto, una limitación a la libertad contractual que

establece el art. 1.255 Cc¹⁵⁷, sino que precisamente trata de resguardarla en un ámbito donde prácticamente ha desaparecido; tarea que se consigue mediante una aplicación del principio de buena fe (al que está subordinado en general todo el campo de la contratación) matizada por las especialidades de la particular forma de contratación que conllevan los contratos de adhesión; por ello, todo razonamiento relativo a esa prohibición debería considerar primordialmente las implicaciones que tenga en el caso la buena fe.

El resultado actual es la vigencia conjunta de tres ámbitos de protección con la Ley de Contrato de Seguro (LCS), con la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDDU), con la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995), todas ellas con una incidencia directa en los controles a los que deben sujetarse las condiciones generales de los contratos de seguro, y que como podremos concluir, a mayor cantidad de leyes no necesariamente se hace más efectiva la tutela de los derechos de los asegurados, ya que la concurrencia normativa no produjo la absorción de unas por otra; muy por el contrario, el escenario legislativo induce a la confusión y a la ambigüedad, por conjugar un conjunto de leyes en conflicto tanto de Derecho privado como de Derecho público, de normas exclusivas de un tipo contractual con normas generales

¹⁵⁷ FD 4º SAP Madrid 9ª 8 julio 1994, que, al motivar la declaración de nulidad de una cláusula del sentido de las enjuiciadas por la sentencia comentada, dice: “El Art. 1091 Cc no puede ser desgajado en su operatividad de lo normado en el 1255 del mismo Código sustantivo y mucho menos del Art. 10 de la Ley 26/1984, y si bien es cierto que el Art. 1255 proclama el principio de la autonomía de la voluntad, no es menos veraz que fija también sus límites naturales trazando la línea divisoria entre lo permitido a las partes y lo a ellas vedado y, por ende, entre la validez y la nulidad el pacto que transgreda normas de carácter imperativo e inexcusable observancia, cual acontece con el Art. 10 de la Ley 26/1984 preindicado...”. Efectivamente, el Art. 1255 Cc al proclamar la libertad contractual establece unos límites (leyes, moral, orden público); el Art. 10 LGDCU exterioriza un límite ya implícito en el propio fundamento de la autonomía de la voluntad: el respeto a la buena fe en el ejercicio de todo derecho, en este caso de la libertad contractual por parte de quien se arroga la facultad de fijar unilateralmente los términos del contrato.

de protección al consumidor más preceptos de tutela del mercado que regula toda la materia de contratación bajo condiciones generales.

Claro ejemplo de la concurrencia normativa existente es el art. 10.3 LGDCU:

“Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta”.

El remedio, a falta de reforma sistemática y coherente, es aplicar integralmente a favor del asegurado consumidor los requisitos y garantías consagrados en las leyes vigentes.¹⁵⁸

Veamos a continuación el impacto directo de cada una de las leyes mencionadas en la regulación de las condiciones generales en los contratos de seguro.

3. Normativa sobre seguros

A) Antecedentes

Ya en 1926 se encomendó a la Comisión General de Codificación redactar un nuevo Código de Comercio, abordado por partes y sometido a información pública, en el que se mejoraba el tratamiento que se daba al contrato de seguro, pero que no llegó a buen fin. Más tarde el Ministerio de Hacienda tomó la iniciativa en la reforma de la regulación del contrato de seguro: Comenzaron por los trabajos de Ernesto Caballero Sánchez, Hernando De Larramendi y Garrido Comas, presentados al “Premio Marín

¹⁵⁸ J. L. BARRÓN DE BENITO, *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Madrid, Dykinson, 1999. p. 41, se muestra a favor de la aplicación de las leyes citadas, argumentando que “debe regir el principio *contra proferentem* y la regla de la norma más beneficiosa para el asegurado consumidor, como manifestación del principio *pro asegurado* que inspira la normativa de seguros”.

Lázaro”. Después en 1968 con el encargo a los profesores Menéndez, Sánchez Calero, Olivencia, Broseta y Duque de la redacción de un Anteproyecto de LCS, cuyo borrador de 1969 tenía 139 artículos y que, tras observaciones de la Administración, en 1970 quedó reducido a 88 artículos. Luego, en 1972, mediante la elaboración de otro Anteproyecto de Ley General sobre el Seguro Privado, que integraba en un solo cuerpo legislativo la regulación del control, la mediación y el contrato, y en el que se dedicaban a la contratación solamente 38 artículos, con frecuentes remisiones a la facultad reglamentaria para regular el contrato de seguro. Sin embargo tales Anteproyectos realizados desde el Ministerio de Hacienda fracasaron, al no darse entrada a la Comisión General de Codificación, cuando se trataba de una reforma de los Códigos de Comercio y Civil. A fines de 1976, por iniciativa del profesor Garrigues, que presidía la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, se acometió allí la redacción de un Anteproyecto de LCS.

En junio de 1978 pudo concluirse, al encomendarse la ponencia, entre otros, a quienes integraron la comisión designada en 1968 por el Ministerio de Hacienda, y se elaboró pronto un texto que el Gobierno aprobó y remitió al Parlamento. El Proyecto de LCS, tras un rico debate parlamentario, en el que tanto el Congreso como el Senado introdujeron una considerable cantidad de enmiendas, fue finalmente aprobado inicialmente con 106 artículos y fue promulgado como Ley 50/1980, de 8 de octubre.

B) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (LCS)

La LCS vino a superar el régimen dualista existente en nuestro ordenamiento jurídico, que seguía ocupándose del contrato de seguros, tanto en el Código de comercio de 1885, como en el Código civil de 1889, consciente de que ya no era posible concebir el seguro sin la presencia de la industria y la empresa aseguradora.

La LCS consta de 109 artículos agrupados en cuatro títulos, así como tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y una disposición

final. Las disposiciones adicionales han sido introducidas por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Es de justicia reconocer que, cuando en el pasado mes de octubre la LCS cumplió treinta y un años de vigencia, su estructura fundamental no ha sido alterada ni tampoco sus principios básicos, revalidando el papel fundamental que esta Ley ha desempeñado en la regulación del Derecho contractual de seguros en España.

El título primero no tiene rúbrica, pero se refiere a las disposiciones generales sobre el contrato de seguro, estando dividido en 4 secciones. La primera de ellas, la cual ha de ser la de nuestro mayor interés, define el contrato de seguro, declara el carácter imperativo de los preceptos de la Ley, se refiere a las condiciones generales de las pólizas, a la vigencia por parte de la Administración y a la nulidad del contrato.

Al margen quedan los contratos no sometidos a la imperatividad de esta Ley, según el art. 44 y las normas del título IV.

Entre las críticas realizadas por un sector de la doctrina a la pretendida eficacia del art. 3 LCS como instrumento de control de las condiciones generales de la contratación, está la efectuada en torno a las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, cuando el citado artículo en adición a prohibir las cláusulas levisas sólo exige en el último inciso de su primer párrafo una “aceptación específica” por escrito, junto con el empleo de cualquier medio o signo que las destaque “de modo especial”¹⁵⁹. En otras palabras, se limita a establecer un control del consentimiento contractual en lugar de fijar un control de contenido.

Desde entonces la LCS ha experimentado diferentes modificaciones en algunos de sus preceptos y se le han añadido otros, sea como consecuencia

¹⁵⁹ Cf. E. POLO: *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Cívitas, 1990, p. 85. Para este autor el control sobre el consentimiento no sólo supone “una desventaja en la posición jurídica del asegurado que difícilmente puede ser contrarrestada por la prohibición de la lesividad, sino que legitima el poder normativo de la empresa mediante el odioso y humillante expediente del requisito de la doble firma”.

de adaptación a las Directivas Comunitarias, sea por propia decisión interna del Estado español. Ocurre así en las siguientes leyes:

1ª) La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, adaptó el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida y actualizó la legislación de seguros privados (artículos tercero y sexto). Esta modificación afectó a los artículos 10, 28, 44, 48, 52; además introdujo una sección 9ª en el título 2º, para regular el seguro de defensa, sin cambiar la numeración de los artículos, sino bajo la numeración 76.a) al 76.g); y se añadió un título 4º sobre normas de derecho internacional, como artículos 107 a 109.

2ª) La Ley 9/1992, de 30 de abril, la anterior Ley de Mediación en los Seguros Privados, cuyo apartado 3º de la disposición derogatoria, dejó sin efecto el párrafo 1º del artículo 21.

3ª) La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuya disposición adicional 6ª efectuó una importante modificación, no siempre afortunada, que afecta a los artículos 8, 20, 33.a), 44, 73, 83.a) y 107 a 109.

4ª) La Ley 18/1997, de 13 de marzo, que dio nueva redacción al primer párrafo del artículo 8.

5ª) La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, cuyo artículo 12 modificó la redacción del artículo 83.

6ª) La Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, cuya disposición final 28ª, modificó la redacción del artículo 37.

7ª) La Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de los seguros privados, cuyo artículo 2 introdujo el artículo 6-bis, modificó el artículo 83.a) e incorporó las tres disposiciones adicionales, para trasponer la Directiva 2002/65/CE, de 25 de septiembre¹⁶⁰, y

¹⁶⁰ M. CALONGE CONDE, “Las modificaciones del régimen de contratación en seguro en la Ley 34/2003 y en el Real Decreto 397/2004”, *RES*, nº 120, 2004, pp. 535 ss.

8ª) La Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, cuya disposición adicional 10ª, modifica el artículo 8.9 y el artículo 21.dos.

C) Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995)

Esta Ley forma parte del grupo de fuentes del derecho de seguros que regulan la intervención del Estado en la explotación del seguro (Derecho público de seguros).

La LOSSP/1995 como norma de supervisión establece el régimen de control administrativo de las pólizas. El principio que subyace en la filosofía de ordenación y supervisión de los seguros privados se basa en que la explotación del negocio asegurador, como actividad financiera, se diferencia de otro tipo de explotaciones industriales. Las razones en que se basa esto son varias, entre las cuales se puede citar la diferente posición de las partes en el contrato, la inversión del ciclo productivo, o el papel social que puede jugar el seguro. Las medidas adoptadas por el Estado para intervenir en el sector de los seguros privados se fundamentan, según establecen las propias normas de supervisión, en el fomento de la actividad e industria aseguradora como en la protección de los consumidores y usuarios. Esta ley introdujo mayor autonomía en la gestión empresarial y sin inmiscuirse en cuestiones de Derecho privado. La importancia de la intervención pública en este negocio jurídico también se pone de manifiesto en las normas de Derecho privado que regulan el contrato de seguro y en su máxima manifestación como es la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

Las modificaciones introducidas por la LOSSP/1995 (RCL 1995, 3046) mediante su Disposición Adicional 6.ª a determinados artículos de la LCS no afectaron en absoluto el art. 3, cuya redacción y aplicabilidad permaneció inalterada.

D) Anteproyecto de reforma de la LCS

Ciertamente las leyes humanas no son eternas ni inmutables, por buenas que sean, y la LCS, en términos generales, es una buena Ley, basada en sólidos principios jurídicos y técnicos. Antes podía aspirarse a que las leyes llegaran a ser centenarias, pero hoy los periodos de vigencia son menores y requieren más frecuentes revisiones. A pesar de que en su tiempo la LCS supuso un importante avance, algunos de sus extremos deben adecuarse a las actuales exigencias del mercado.

En abril de 2011 el Consejo de Ministros, a propuesta de los entonces ministros de Justicia, Francisco Caamaño, y de Economía y Hacienda, Elena Salgado, dio luz verde al anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro que actualiza y sustituye la Ley 50/1980, de 8 de octubre. Los ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda iniciaron en 2005 un proceso de reflexión y consulta en el sector que, tras la elaboración de unas bases para la reforma, han culminado en una propuesta articulada de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, base de este anteproyecto.

El Anteproyecto de Ley consta de 98 artículos estructurados en tres títulos. El Título I contiene las disposiciones generales, el Título II regula los seguros contra daños y el Título III comprende las normas relativas al seguro de personas. El Anteproyecto se completa con una disposición adicional única, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria, tres disposiciones finales y un anexo. Incorpora como novedad el seguro de decesos y el de cobertura de las situaciones de dependencia¹⁶¹

¹⁶¹ El riesgo de dependencia puede encontrar una cobertura complementaria del sistema público a través de instrumentos jurídico-privados basados en la idea de seguro, entendiendo por tales los que comparten una base de técnica actuarial. Dentro de ellos, encontramos los contratos de seguro en sentido estricto, en los que pueden actuar como aseguradores sociedades anónimas o mutualidades de previsión social conforme al marco jurídico integrado por la LOSSP/1995, en cuanto a la ordenación y supervisión, y por la LCS, en cuanto a la contratación; y los planes de pensiones, regulados por la LPFP. En particular, a la luz de las características del seguro de dependencia, el mismo se configurará en el Derecho español como un seguro sobre las personas, porque los riesgos que cubre afectan a la existencia, integridad física o salud de los asegurados (art.

y declara la nulidad de las cláusulas de cobertura de sanciones penales y administrativas como, por ejemplo, el pago de las multas en el seguro del coche. Por otro lado, tomando como ejemplo el seguro de incendios por ser el más garantista, el “seguro contra daños” se extiende a otras modalidades que se ajustan mejor al mercado, como los seguros multirriesgos o combinados. El anteproyecto sigue respondiendo, como la vigente Ley, a la defensa de la parte débil del contrato de seguro, que es el tomador del seguro o asegurado. Por ello su finalidad es establecer el contenido mínimo y básico del contrato de seguro, que no podría alterarse por la voluntad de los contratantes, salvo para ampliarse en beneficio del asegurado.

Asimismo, salvo pacto contrario, el contrato de seguro no cubre los siniestros derivados de conflictos armados, aunque no haya precedido declaración oficial de guerra, ni los que por su magnitud y gravedad sean calificados por el Gobierno como catástrofe nacional. La futura Ley da más importancia a la fase precontractual, en línea con lo que ha hecho la legislación de protección de los consumidores en los últimos años. Se regula así la solicitud de información, que no vincula al solicitante frente a la proposición de contrato de seguro, y sí vincula a la aseguradora proponente que deberá mantener su oferta al tomador del seguro. Igualmente, las obligaciones de las partes son más concretas en lo que se refiere a la declaración del riesgo, las futuras modificaciones del contrato, el pago de la prima, la comunicación del siniestro o el deber de aminorar las consecuencias del mismo. Especialmente importante es también la extensión de la obligación de la aseguradora de presentar una oferta motivada de indemnización, así como el nuevo régimen de los intereses de demora, ya que hasta ahora sólo se daba en el ámbito del seguro de responsabilidad civil derivado de la circulación de vehículos de motor.

80 LCS) y, más en concreto, como un contrato complejo con elementos del seguro de vida, de accidentes y de enfermedad o de asistencia sanitaria. En definitiva, la circunstancia de dependencia constituye un nuevo riesgo, autónomo y diferenciado de otros (J. MALDONADO MOLINA, “La cobertura de la dependencia en Francia y Alemania”, *Cuestiones actuales del Derecho de seguros, Jornadas Asociación Sainz de Andino*, Barcelona, 2002, pp. 307 ss).

En todo caso, la futura LCS debería incorporar la regulación, hoy silenciada, de diferentes ramos o modalidades y de diversas formas de contratación que son de frecuente utilización en la práctica, desde el seguro de asistencia en viaje, decesos, natalidad, nupcialidad o dependencia, hasta los seguros combinados o multirriesgos, o los seguros del automóvil. Aunque sólo se les dedique un único precepto, como hace el texto actual con el seguro de caución, se les brindaría carta de naturaleza legal y se mejoraría la sistemática de una Ley, que debe tener el propósito de agotar la generalidad del tratamiento de todo lo que constituye un contrato de seguro¹⁶².

4. Incidencia de la normativa de protección del consumidor

Como ha podido verse, en adición al tratamiento de protección del asegurado proveniente exclusivamente de la regulación jurídica del contrato de seguro, también existe una gran influencia en el ordenamiento jurídico del seguro por parte del derecho de consumo¹⁶³.

La tutela derivada de los actos de consumo no puede sustraerse de algunas facetas del acontecer mercantil, puesto que su carácter es por esencia universalista, y si en la relación aseguradora confluyen los elementos subjetivos para que el asegurado posea la categoría de consumidor entonces le será de aplicación no sólo la LCS sino también la LGDCU.

El fundamento de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) debe buscarse en el art. 51 de la Constitución Española (CE).

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

¹⁶² L. ANGULO RODRÍGUEZ, “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro a los veinte años de su aprobación”, *RES*, 2000, nº 104, pp. 827 ss.

¹⁶³ E. CABALLERO SÁNCHEZ, *El consumidor de seguros: Protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997.

Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

En el marco de lo dispuesto en los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales”.

La protección del asegurado consumidor, desarrollada en el art. 3 LCS, y el propio cuerpo normativo general de la LGDCU encontró en el art. 51 de la CE de 1978 la fuente constitucional que permitió el arranque y la consolidación del heterogéneo sistema de protección al consumidor vigente en España.

El mandato constitucional de protección al consumidor, que encontró su inspiración en la Constitución portuguesa de 1976, vio la luz en un contexto histórico marcado por la salida de una larguísima dictadura, y en su momento no fue más que una norma de carácter meramente programático. La transición a la vida democrática y la incorporación de España a la Unión Europea, entre muchos otros factores, fueron claves para que el art. 51 de la CE dejara de ser un gesto programático para convertirse en un verdadero principio constitucional de referencia para el orden legislativo y administrativo¹⁶⁴.

Autores como EMBID IRUJO advierten que la LGDCU goza de prioridad frente a la LCS en lo que concierne a la protección de los consumidores, con fundamento en el art. 51 de la CE, aunque aclara que dicha prioridad no debe entenderse en un sentido excluyente de la aplicación de otras normas sectoriales, sino que tal “prioridad de la legislación de consumidores significa prevalencia de los intereses por ella defendidos, intereses que podrán ser cubiertos por la propia Ley General

¹⁶⁴ Cf. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 31. Destaca que en 1978, en España apenas había estructura alguna en la *sociedad civil* que tuviera por objeto la protección del consumidor, ni desde luego una Administración pública al servicio de una dictadura política se caracteriza por otorgar a los ciudadanos derechos sociales de audiencia y participación.

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, por otras normas civiles y mercantiles aplicables al supuesto”¹⁶⁵.

El criterio de la prioritaria aplicación de la LGDCU en función de su fuente constitucional y su objeto de protección de los consumidores y usuarios, en detrimento de la LCS y su carácter especial me parece bien intencionado, pero equivocado en cuanto a que la finalidad de la tutela establecida en la Constitución en definitiva es común a ambas leyes y no exclusiva de la primera: la protección de los consumidores que inspira a la LGDCU es la misma misión que persigue la LCS, limitada al ámbito de los asegurados considerados consumidores.

Si nos limitamos a resolver cualquier antinomia jurídica relacionada a los preceptos de la LGDCU y de la LCS, el principio de aplicación de la ley especial debería inclinar la balanza a favor de la ley sectorial de protección del consumidor de seguros sobre la norma general, sin perjuicio de su aplicación supletoria. Sin embargo, ninguno de los dos criterios previamente analizados debe estimarse aisladamente sin ponderar el criterio rector de la norma más favorable. De nada serviría aplicar una norma de la LCS por su mera especificidad en detrimento de una norma de la LGDCU, aunque sea más amplia e imprecisa, si ésta resulta ser más beneficiosa para el asegurado¹⁶⁶.

Es de especial relevancia el régimen de cláusulas abusivas establecido en el art. 10 bis LGDCU, según redacción dada por la Ley 67/1998, de 13 de abril, para la aplicación análoga y equiparación de las cláusulas abusivas a las cláusulas lesivas enunciadas en el art. 3 LCS, en los contratos en los que sea parte un asegurado consumidor. En el capítulo III analizaré con mayor profundidad este interesante fenómeno.

La LGDCU, al delimitar su ámbito de aplicación en el art. 1, apartado primero, establece que “esta Ley tiene por objeto la defensa de los

¹⁶⁵ J.M. EMBID IRUJO, “El consumidor ante el Derecho de seguros”, en AA VV: *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª Edición. Bilbao, Iberdrola, 1994, p. 250.

¹⁶⁶ Abunda en esta idea J.L. BARRÓN DE BENITO, *op. cit.*, p. 44, “el criterio de determinación de la preferencia normativa debe inspirarse en el principio de la norma más favorable, ínsito y fundamental en materia de protección del consumo”.

consumidores y usuarios”. A continuación, los apartados segundo y tercero del mismo artículo se encargan de determinar quiénes pueden considerarse consumidores y usuarios.

El apartado segundo del art. 1 contiene la definición de consumidor en su aspecto positivo, es decir, reconociendo la calidad de consumidor a aquellas personas que se limitan a participar en la última fase del proceso económico gozando, usando o disfrutando de un determinado bien, servicio o actividad sin integrarlo en actividad productiva alguna.

Por su parte, el apartado tercero del art. 1 resalta la otra cara de la moneda, al excluir del concepto de consumidor al empresario que adquiere el bien o servicio pensando en obtener nuevos valores de cambio, esto es, incorporándolo a su proceso de producción o distribución a fin de recuperar lo invertido más tarde y multiplicarlo¹⁶⁷.

En conclusión, del ámbito de aplicación establecido en el art. 1 de la LGDCU se desprende la aplicación a los tomadores, asegurados y beneficiarios, como consumidores finales de contratos de seguro.

5. Incidencia de la normativa sobre condiciones generales de la contratación

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) establece el régimen de dichas condiciones, aplicable con carácter general a todo tipo de condiciones generales. Sin embargo, su art. 4 excluye la aplicación de esta ley a las condiciones generales “que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sea de aplicación obligatoria para los contratos”.

La aplicación de este precepto, teniendo en cuenta la existencia e imperatividad de la propia LCS, podría suponer la no aplicación de la LCGC a las condiciones generales incorporadas a los contratos de seguros. De hecho, el sistema de protección establecido en la LCGC (acciones judiciales específicas y registro) difiere del sistema fijado en la LCS y la

¹⁶⁷ C. LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 55.

LOSSP/1995. Incluso el sistema de registro de condiciones generales puede conculcar la normativa comunitaria relativa a la actividad aseguradora.

A pesar de lo anteriormente comentado, la propia LCGC se encarga de establecer su necesaria aplicación y concurrencia dentro del sistema de protección del asegurado consumidor, fundamentándose en el contenido de su art. 2.1 (ámbito subjetivo):

“La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–”.

No cabe duda de que los contratos de seguro entran en el ámbito de aplicación de la LCGC, al ser el arquetipo de los contratos de adhesión basados en condiciones generales y el prototipo de contrato empresarial¹⁶⁸.

Por otro lado, el ya comentado art. 10.3º LGDCU, plasma con meridiana claridad que también quedarán sometidas a las prescripciones de la LCGC las cláusulas que tienen el carácter de condiciones generales.

IV. Condiciones generales de los contratos en el comercio internacional

La importancia que puede tener el estudio de las condiciones generales de los contratos en Derecho internacional privado se basa, por una parte, en los particulares mecanismos internos de control y de protección del adherente y sus eventuales manifestaciones en la contratación internacional y, por otra parte, en el hecho de que, en teoría, las condiciones generales de los contratos son manifestación del Derecho dispositivo, auténtico ámbito de operación de la libertad contractual, lo cual, también en teoría, afianzaría una postura altamente respetuosa con la aceptación sin reservas del principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, a esta situación se añade la problemática diversa que implica atender la utilización de condiciones generales de la contratación en los contratos celebrados con

¹⁶⁸ Cf. arts. 3, 6 y 7 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

consumidores, que representan una categoría social y jurídica de marcada importancia en el marco de su actividad profesional (*Verbrauchengeschafte* y *Handelsgeschafte*), situaciones diversas que vas a exigir diversas respuestas que incluso parece que deban ser objeto de soluciones específicas y distintas y hasta de un tratamiento dogmático independiente. Situaciones que, en la medida de nuestras posibilidades, vamos a tratar de aglutinar bajo un principio de solución lo suficiente flexible como para que de alcance a las indudables peculiaridades tanto de unas como de otras.

CAPÍTULO III

CONTRATO DE SEGURO Y CONDICIONES GENERALES

I. El contrato de seguro como arquetipo de los contratos de adhesión basados en condiciones generales

1. Elementos del arquetipo

Una vez repasados los rasgos distintivos básicos de las condiciones generales de la contratación, el siguiente paso lógico dentro del esquema general de esta investigación es analizar el impacto que estas tienen en la configuración de los contratos de seguro. En la actualidad, en los contratos de seguros, de transporte de pasajeros, de apertura de crédito, de tarjeta de crédito, de servicio de telefonía celular, entre otros, todo lo discutible sobre los efectos y los alcances de dichos contratos o de una o varias cláusulas se definen exclusivamente por una de las partes contratantes, la denominada “parte fuerte”.

Como regla general, el contrato de seguro no es de libre discusión. En raras ocasiones puede ser un contrato negociado, como cuando el tomador tiene el suficiente poder de negociación para evitar que le impongan un clausulado, o como en la inmensa mayoría de ocasiones, puede ser un contrato en el que por adelantado el asegurador ha preformulado un conjunto de cláusulas que impone al tomador, sin perjuicio de que otras cláusulas, identificadas como condiciones particulares, puedan haber sido objeto de concertación. Bajo esta última suposición puede afirmarse que en el contrato de seguro hay un conjunto de normas denominado condiciones generales del contrato de seguro que desempeñan las funciones de lo que llamamos condiciones generales de los contratos. Estas condiciones generales del contrato de seguro dan uniformidad a una serie de efectos

jurídicos, de manera que a través de la imposición de ese conjunto de cláusulas el asegurador torna en homogéneas y favorables las reglas de las pólizas del producto a que corresponden. Comúnmente en ellas se delimita la extensión del riesgo asumido, la regulación de las relaciones de las partes contratantes, la definición de la forma y el momento como deben ejercerse los derechos derivados del seguro o cumplirse las obligaciones que emanan del mismo.

Los contratos de adhesión son aquellos en los que una de las partes, que usualmente es un empresario mercantil o industrial que realiza una contratación en masa, establece como contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de su empresa se conciertan. Su característica más destacada es que no les antecede una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas¹⁶⁹. Una de las facetas características del contrato de seguro es, precisamente, la de ser un contrato de adhesión. Al ser un contrato de adhesión, las condiciones generales son impuestas por la

¹⁶⁹ L. DÍEZ PICAZO, y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 32. La STS 2ª 27 de noviembre de 1989 clarifica en el sentido de que “sabido es que el contrato de seguro obedece en su origen a la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, porque sus cláusulas aparecen redactadas por la empresa aseguradora, de modo que al asegurado sólo le queda la libertad de aceptar o rechazar el texto que se le propone sin posibilidad de ninguna iniciativa por su parte relativa a la modificación de estas cláusulas”. Asimismo, la STS 2ª 10 de junio de 1991, insiste en que “el contrato de seguro responde a la naturaleza de los llamados contratos de adhesión, porque sus cláusulas son redactadas por la compañía aseguradora de modo que al asegurado sólo le queda la libertad de aceptar o rechazar el texto que se le propone sin posibilidad de ninguna iniciativa por su parte en relación con la modificación de las condiciones concretas del negocio”. Y por sólo citar otro importante precedente, la STS 10 de abril de 1991 afirma que “una constante jurisprudencia de esta Sala –cf. SS 5 y 13 de diciembre de 1989 y 27 de febrero de 1990– ha declarado que el artículo 76 de la LCS, no significa negar la naturaleza contractual del seguro voluntario, sino precisamente partir de aquélla. Ahora bien, al tratarse de un contrato de los llamados de adhesión, ha de tenerse en cuenta como norma genérica, la contenida en el art. 1.288 Cc, y específicamente aplicable, la del art. 3 LCS”.

empresa aseguradora, estableciendo en cada uno de los contratos unas cláusulas típicas, no teniendo la otra parte contratante más remedio que la aceptar o rechazar el contrato en cuestión. Al prestar la adhesión mediante aceptación expresa, dichas condiciones quedan incorporadas al contrato.

2. Naturaleza y función de las cláusulas

A) Naturaleza

Uno de las temáticas que examinamos es el de la naturaleza de las condiciones generales, que ha sido ampliamente discutida por la doctrina y en torno a este problema existe una extensa bibliografía a la que nos remitimos por considerar el debate zanjado y poco fructífero desde la perspectiva de la práctica. Dentro de ella aparecen, como dos posiciones contrapuestas, la concepción “normativista”¹⁷⁰ de las condiciones generales, que considera –si bien con algunas reservas– que éstas son una verdadera fuente de Derecho objetivo; y la concepción “contractualista” (plasmada en el art. 3 LCS), que se opone a esta idea y afirma que, en definitiva, las condiciones generales son producto de la autonomía de la voluntad de los particulares, que puede originar una disciplina contractual, pero que tal disciplina no goza de la categoría de Derecho objetivo.

¹⁷⁰ GARCÍA AMIGO sostiene que la teoría normativa de las C.G.C. tuvo una base positiva en la legislación del régimen nacional socialista. Con su caída se vuelve a la tesis contractualista, pero sin embargo es de señalar que no por ello la tesis normativa ha desaparecido en el derecho alemán. Y, es importante destacar la distinción que se lleva a cabo entre condiciones generales de contrato formuladas u homologadas constitutivamente por la Administración estatal, que tienen la categoría indiscutida de normas jurídicas objetivas –ley en sentido material– entrando a formar parte del Derecho legal, generalmente imperativo. Y las demás condiciones generales que tienen naturaleza contractual, meramente. La tesis dominante es en este orden predominantemente contractual, con diversas matizaciones, hasta el punto de que las tesis de algunos autores encubren, pese a su pretendida contractualidad, una auténtica posición normativa, al reconocerles efectos extracontractuales (*vid.* M. GARCÍA AMIGO, “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, *RDP*, 1978, p. 388).

Es indudable que las condiciones generales de la contratación se originan y tienen su principal razón de existir en la esfera de la contratación mercantil. El jurista no puede mantenerse de espaldas a esta manifestación del tráfico en masa, que ha sido fuente de preocupación y análisis de estudiosos de diversas ramas como el Derecho civil, el Derecho mercantil y el Derecho internacional privado, por lo cual podríamos detenernos un momento ante una interrogante que surge con asiduidad dentro de un ordenamiento jurídico como el español, ¿A qué se espera para llegar a una unificación del Derecho de obligaciones? ¿Qué trabas pueden oponerse a la unificación del Derecho de obligaciones, cuando en este momento tiene una razón de urgencia, dada la estructura del medio socio-económico? Es motivo de aliento que varios destacados mercantilistas e internacionalistas españoles, defiendan la unificación, en ocasiones incluso de todo el Derecho privado y, en todo caso, del Derecho de obligaciones. Desconocidas por mucho tiempo en el ordenamiento jurídico español, la ausencia de una normativa acerca de las condiciones generales de la contratación origina una serie de problemas siendo el primero de ellos el de su propia naturaleza, que responde, a dos concepciones distintas del problema, la tradicional de un civilista, De Castro, y el sentido de la realidad de Garrigues, que acepta el hecho consumado de una manifestación contractual que no puede quedar enteramente inmersa dentro de los cauces tradicionales del Derecho contractual. De Castro sostiene con contundencia que no cabe hablar dentro del régimen jurídico español de un valor normativo ni contractual de las condiciones generales de los contratos, antes de su aceptación. Que adquieren valor jurídico interno al ser especialmente aceptadas para formar parte del contenido de un determinado contrato. Garrigues, con gran certeza distingue entre las condiciones generales de los contratos y las condiciones generales de la contratación. Las primeras no se elevan, dice, del plano contractual. Pero, no es sencillo reconocer que las condiciones generales de la contratación son un producto de la voluntad contractual. Son impuestas unilateralmente

por las empresas a sus clientes, quedan éstos sometidos a las mismas aunque no las conozcan, merecen –para Garrigues–, la calificación de verdadero Derecho mercantil. Se asemejan al uso mercantil normativo al que el art. 2 Ccom reconoce naturaleza de fuente objetiva de Derecho. De esta forma, pues, en esta segunda posición se defiende la tesis normativa de las C.G.C. antes y con independencia de toda declaración de voluntad negocial. En este caso, la doctrina las califica como “fuerzas objetivas”, voluntad general de la comunidad jurídica, ajena y superior a la voluntad de las partes privativamente interesadas, que regulan la relación contractual, sometidas, por tanto, al régimen establecido en los arts. Ccom y 5, 6 y 1 258 Cc, completados para el caso concreto de la costumbre por los requisitos especiales de ésta, señalados por la jurisprudencia y la doctrina.

Frente a estas dos posiciones que se contradicen no faltan posiciones eclécticas. El sector mayoritario mantiene la consideración de las condiciones generales como contenido contractual, de donde nace su fuerza obligatoria, pero siempre que respeten las normas jurídicas sobre el particular. El otro sector, más escaso, argumenta que las condiciones generales tienen un valor semejante a los usos normativos por el hecho de su difusión y constante repetición en los contratos de una misma clase. La posición “normativista” se ha visto apoyada por el hecho de que, dada la generalidad de estas condiciones, se aplican a un extenso grupo de personas –en ocasiones a todo el sector asegurador– por lo que en la realidad presentan la apariencia de ser una fuente del Derecho (se habla de “Derecho vivo”). Además, la aprobación administrativa de las condiciones generales asume en ocasiones la forma de una disposición de carácter general¹⁷¹.

¹⁷¹ Incluso ha encontrado un cierto respaldo jurisprudencial como evidencia la STS 9 febrero 1994: “El que la correspondiente póliza sea aprobada con carácter uniforme por el texto de la orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977 o por otra posterior, no implica que ello convierta a las condiciones generales en un acto normativo de la Administración Pública, aspecto administrativo ajeno, en sí, a la

Ello no debe llevar al rechazo de la naturaleza contractual de las condiciones generales. La circunstancia de que el acto de aprobación sea una disposición administrativa, que en ocasiones tiene carácter general, no debe llevarnos a considerar que las condiciones generales tienen el valor de una disposición general, ya que no puede llegar a confundirse el acto aprobado con el acto de aprobación. No obstante, el punto más endeble de la postura la “contractualista” consiste en atribuir el valor de consentimiento a la adhesión, ya que el solo carácter voluntario de un acto no garantiza que se haya otorgado libremente.

Las posiciones “contractualistas” han recibido un notable respaldo por parte del Tribunal Supremo. Baste referirse a la STS de 28 de octubre de 1991 cuando afirma que “es doctrina reiterada de esta sala la de que el art. 3 LCS de 8 de octubre de 1980 no concede valor normativo a las condiciones generales que figuran en el contrato más que cuando se incluyan en la proposición de seguro, en el contrato correspondiente o en documento complementario, el que se suscribirá por el asegurado una vez percatado de su contenido”.

B) Manifestaciones unilateralistas, predisuestas e impuestas

Los contratos-tipo en materia de seguros se configuran como parte de la nueva *lex mercatoria*, ya que representan para el sector asegurador internacional una fuente normativa de sus relaciones comerciales basada en la costumbre internacional sobre el tema, la singularidad de sus creadores, la aceptación de sus principales actores y la autonomía de la voluntad de las partes contratantes. El contrato de seguro es de profunda utilización en el tráfico mercantil internacional. Las transacciones internacionales están definidas por un elemento extranjero o internacional que, la mayoría de las

casación civil, pero no puede negarse, por el contrario, que cuando las condiciones generales tienen en el tráfico jurídico una gran difusión y son aceptadas por un sector del mismo durante un dilatado período de tiempo, llegan a originar usos normativos y su fuerza contractual surge de este último carácter”.

ocasiones, lo forma el domicilio de las partes en Estados diferentes. La distancia hace que los riesgos sobre las mercancías negociadas, por ejemplo en el contrato de compraventa, sean mucho más grandes y se tornen más difíciles y costosos de soportar en caso de acontecido el hecho dañino. Las compañías aseguradoras, que se distinguen por favorecer la formación del nuevo orden jurídico empresarial, cuentan con filiales en varios Estados propiciando la celebración de contratos de seguro en materia internacional para cubrir riesgos que se crean como resultado de las transacciones internacionales. El contrato-tipo de seguro se alimenta de los usos, prácticas y costumbres del sector asegurador a nivel internacional, aglutinando costumbres de uno y otro lado del orbe y estableciendo dentro de este unas disposiciones mínimas en torno a las condiciones generales de contratación y cierto tipo de cláusulas que envuelven los derechos y obligaciones de las partes, comunes a todos los actores de este tipo de convenio.

La póliza, instrumento por el cual se acuerdan las voluntades de los contratantes, es confeccionada de manera unilateral por las compañías de seguros. En la formación de este contrato al asegurado no le es concedido participar discutiendo ni modificando su contenido y, aun cuando en contadas ocasiones se le permita al asegurado incluir una cláusula, esto no altera la naturaleza del contrato. Sin embargo, el contrato de seguro necesita la práctica de actuaciones preliminares que generalmente tienen su origen en la necesidad de las personas en proteger un interés legítimo que puede ser objeto de valoración económica, por lo cual concurren a un agente o empresa de seguros para hacer la correspondiente solicitud, seguido de una relación de documentos que incide en la formación del contrato, que incluye la solicitud del seguro firmada por el tomador, la oferta de la empresa aseguradora, el acta de inspección del riesgo, la cobertura provisional en caso de haberla, la firma de la póliza y los anexos. De todos estos documentos, la póliza posee una particular importancia debido a que es el documento privado en el cual constan las estipulaciones de las partes, y la prueba por antonomasia del contrato de seguro.

El importantísimo papel que juegan las condiciones generales se refleja en el hecho de que todos los contratos de seguros se celebran sobre la base

de las condiciones generales que las compañías aseguradoras proponen para cada ramo del seguro y que pasan a ser parte integrante del mismo. Los aseguradores, los asegurados y la propia Administración Pública, advierten la preponderancia de las condiciones generales cuando se trata de regular la relación jurídica aseguradora, ante lo cual se muestran muy sensitivos a las normas referentes a las condiciones generales en un contrato, como es el de seguro, realizado en masa. Seguramente por ello el art. 3 LCS es la norma de la Ley de más arriesgada elaboración y que más inquietudes y críticas ha causado. Sin duda esta regulación es uno de los aspectos más importantes de la LCS, y tiende, o al menos aspira, al establecimiento de una cierta igualdad entre los contratantes a la hora de la formación del contrato, en contraposición al concepto del legislador del siglo XIX, moldeada en el Ccom, de presumir la igualdad entre los contratantes y no admitir que una parte tenía en el momento de la formación del contrato, la condición de parte más débil, no sólo por su menor jerarquía económica, sino por la dificultad para poder tener pleno conocimiento en ese momento de la formación del contrato sobre las verdaderas dimensiones y alcance de las condiciones generales estudiadas y preparadas prolijamente por el asegurador.

La protección al asegurado como parte débil de la relación no debe llevarnos a desconocer que haya oportunidades en que el asegurado no es un consumidor, sino un empresario en una posición contractual de equilibrio con respecto a la empresa aseguradora, como en el caso del seguro aéreo, en que no puede hablarse de asegurado como parte débil. El principio de protección del asegurado debe ser rectificado cuando los asegurados posean un potencial económico de tal magnitud que sus relaciones contractuales con las empresas aseguradoras no se produzcan basadas en el habitual procedimiento de la adhesión.

La enorme difusión del seguro ha conducido a la uniformidad a manera de condiciones generales en su contratación, y prueba de ello es que hace más de ciento quince años, estando todavía vigente el derogado art. 385 del Ccom, ya la STS 22 de diciembre de 1894, pronunciaba que “las condiciones que tiene la póliza de seguro son otros tantos pactos que determinan los derechos y las obligaciones de las respectivas partes

contratantes y son, por tanto, ley que se ha de guardar y cumplir en las cuestiones que surjan entre el asegurador y el asegurado”.

El contrato de seguro se celebra pues, en masa, siendo el contrato de adhesión por antonomasia, ya que existe el común denominador de la subordinación del tomador del seguro a las condiciones unilateralmente redactadas por el asegurador¹⁷². Tan incuestionable es esta realidad, que sólo supondría preguntarnos si alguna vez en nuestras vidas hemos estado ante un contrato de seguro directo que nos haya permitido negociar o discutir su contenido con el asegurador¹⁷³.

La importancia de las condiciones generales de la contratación es absoluta en el campo del seguro privado, realizando una labor integradora de las lagunas legales existentes, habida cuenta de la finalidad de la Ley de Contrato de Seguro (LCS), que más adelante será detallada.

C) Ruptura del equilibrio contractual

El contrato de seguro es descrito como un contrato de adhesión. Su elaboración y la forma en que es presentado por las compañías aseguradoras para su celebración le dan esta calificación. Su proceso de formación hace que, en ocasiones, contenga cláusulas que a la luz del ordenamiento estatal resultan abusivas, lo que se explica muchas veces, por la influencia de elementos externos correspondientes a la nueva *lex mercatoria*. Los contratos tipo originados en el seno de la nueva *lex mercatoria*, pasan al plano nacional a convertirse en contratos de adhesión, como el de seguro, que incluyen cláusulas creadas para garantizar la seguridad jurídica y los intereses de la parte económicamente fuerte como

¹⁷² Contundente es la sentencia de F. SÁNCHEZ CALERO, “Prólogo”. En J. L. BARRÓN DE BENITO, *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 15, al afirmar que la utilización de las condiciones generales dentro de la actividad aseguradora resultaba ineludible, tanto por razones que derivaban de la técnica aseguradora, como por razones que procedían de exigencias de la explotación de una empresa moderna vinculada a la contratación en masa.

¹⁷³ En este sentido, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1984 (Ar. 1984, nº 1961) afirmó, al referirse a los “contratos llamados ‘de adhesión’, que de ellos es ejemplo típico el seguro”.

las compañías aseguradoras. Los desequilibrios que puede causar la incorporación de este tipo de cláusulas abusivas, afectan el equilibrio contractual no solo de las relaciones con el consumidor promedio que adquirió la póliza de seguro, sino también de las relaciones contractuales con empresas que tienen la capacidad económica de acudir a un tribunal de arbitraje en base a la cláusula compromisoria presente en el contrato. Corresponde entonces a la jurisdicción arbitral (que constituye también un instrumento de la nueva *lex mercatoria*) la revisión de los posibles desequilibrios a la luz del ordenamiento jurídico seleccionado en el contrato.

Dentro del contrato de seguro pueden existir cláusulas que, en ocasiones, y como resultado de una adaptación no del todo adecuada y hecha por el gremio asegurador de los contratos instrumentos de la nueva *Lex Mercatoria*, puedan ser consideradas como abusivas, y mediante las cuales se resquebraja el equilibrio contractual. Lo común es encontrar cláusulas dentro del contrato de seguro que vulneran notoriamente normas de orden público en materia general, o normas especiales del contrato de seguro que también ostentan la calidad de ser de orden público, frente a las cuales la misión del juez o árbitro será declarar la nulidad de las mismas, pues no es viable que una estipulación contractual vulnere una norma de orden público.

Las cláusulas abusivas, generan un efecto negativo en los derechos del asegurado que contrató con la expectativa de lograr una ejecución contractual equilibrada en el cumplimiento de las obligaciones, sin la imposición de cargas que legalmente no está obligado a soportar, y que normalmente debe asumir el asegurador. Al ser el contrato de seguro un contrato de adhesión, la parte adherente no negoció las condiciones contractuales con el asegurador, le fueron impuestas, y por lo tanto no tuvo ninguna participación en el establecimiento de estas cláusulas que le imponen cargas excesivas. Los desequilibrios se presentan entonces por la imposición en el clausulado del contrato de cláusulas abusivas que rompen con el equilibrio contractual, y sobrepasan la delimitación general de los riesgos que serán asumidos por la institución aseguradora.

Mediante la contratación donde la compañía aseguradora estipula las condiciones generales, se producen desequilibrios que se materializan en cláusulas cuyas consecuencias a futuro el otro contratante no prevé y que la mayoría de las veces no se encuentra en la capacidad de comprender.

3. Consecuencias de la ausencia de negociación

El contrato de seguro como contrato de adhesión tiene una fundamentación en el mundo moderno. La llegada de la revolución industrial trajo como consecuencia la producción en masa y algo muy parecido sucedió con la contratación. Las compañías necesitan de mucha agilidad en el momento de contratar, por lo tanto su meta es ahorrar tiempo al momento de establecer la relación contractual y reducir también los costos que genera la contratación en masa, aumentando su productividad y satisfaciendo las necesidades del mercado. Teniendo en cuenta la contratación en masa, resulta poco eficiente, poco práctico, y con elevados costos monetarios y de tiempo entablar una negociación particular con cada uno de las personas con los que se va a celebrar el contrato para la prestación del servicio.

La negociación individual sobre las bases del contrato y la discusión sobre cada una de las cláusulas contractuales, convertiría en imposible una contratación a gran escala y demandaría una completa ocupación de las empresas en tiempo y gastos para su departamento jurídico, el cual tendría que estudiar las posibilidades de conveniencia sobre las condiciones de todos y cada uno de los contratos a celebrar y como no, una a una las posiciones jurídicas frente a futuros litigios en vía judicial. Por supuesto los modelos contractuales están diseñados de tal forma que la compañía aseguradora en la eventual ocurrencia del siniestro y ante la posibilidad de un proceso judicial, tenga el mínimo riesgo de lesión de su capital, por lo tanto se determinan las condiciones de contratación pensando de antemano

en los riesgos que pueda enfrentar la empresa durante la ejecución del contrato.

Estas empresas establecen unas condiciones generales de contratación con base en detallados estudios jurídicos realizados por sus departamentos legales y con base en modelos estandarizados que son de obligatorio cumplimiento según las instrucciones de sus casas matrices en el exterior. Se adoptan por lo tanto los contratos de seguros estándar producidos en formas preimpresas que contienen las cláusulas prerredactadas, el cual es presentando al consumidor de tal forma que las condiciones de contratación y las cláusulas que regularán toda la relación contractual durante su ejecución, y también después de esta, ya se encuentran establecidas por la compañía prestadora del servicio y no son objeto de negociación.

La negociación sobre las condiciones del contrato que tradicionalmente se da por parte de ambos contratantes no existe en los contratos por adhesión. La formación del contrato de seguro está limitada a la oferta hecha por la aseguradora presentada en las formas preimpresas. El consumidor, quien tiene la necesidad del adquirir el seguro, y por eso busca contratar, tiene dos opciones, aceptar las condiciones tal y como han sido ofrecidas por parte de la aseguradora, que detenta el poderío económico adquiriendo la póliza, o desistir de la oferta por cuanto no está de acuerdo con el clausulado del contrato.

Se extienden entonces los modelos de contratos-tipo utilizados en las transacciones internacionales, para la conformación de contratos de adhesión en la celebración de contratos de seguro en el campo nacional. Así, se pasa de contratos-tipo celebrados a nivel internacional donde las partes pueden modificar su contenido de acuerdo a los intereses y el poder de negociación de ambas, pues se encuentran con la misma capacidad de negociación, a contratos de adhesión a nivel nacional, donde las condiciones están puestas por la aseguradora y no hay lugar su alteración. De manera general existen dos clases de clientes con los que puede

contratar una compañía aseguradora. En primer lugar encontramos al consumidor promedio que necesita de los servicios ofertados por las aseguradoras para asegurar su patrimonio, se adhiere a las condiciones impuestas por la compañía aseguradora y no argumenta, discute o negocia, ni tiene la posibilidad de hacerlo, de modificar las cláusulas que conforman el contrato de seguro. Esta relación puede denominarse *Business to Consumer*.

Respecto de las relaciones entre las aseguradoras y otras compañías, estas pueden denominarse *Business to Business* (B2B), pues la parte que busca contratar el seguro no la compone un consumidor promedio o persona natural, sino que se trata de una empresa que busca protección sobre los negocios que realiza, que en muchas ocasiones son de carácter internacional y que representan grandes sumas de dinero en el pago de primas y como no, representan también una gran cantidad de dinero en caso de que se produzca el siniestro.

Sin embargo, aunque algunas veces tratándose de relaciones *Business to Business* y sobre seguros de grandes riesgos pueden negociarse eventualmente algunas de las cláusulas contractuales, no deja de considerarse el contrato de seguro como un contrato de adhesión cuando este se celebra con otras compañías con cierto poder económico en el mercado, pues las aseguradoras permiten pequeños cambios a solicitud del tomador del seguro, pero se verifica no realizar otros mediante los que asegura su posición contractual. Por lo tanto, frente a la celebración de contratos de seguro de las aseguradoras con compañías también se producen en ocasiones desequilibrios contractuales en razón del clausulado del contrato y como no, revisiones jurisdiccionales de esos desequilibrios, pero no ante la jurisdicción ordinaria, sino ante la jurisdicción arbitral nacional o internacional, cuyos costos la compañía puede asumir, a diferencia del consumidor promedio.

II. Justificación técnica de su utilización

1. Ventajas para el asegurador

En el ámbito del seguro la uniformidad es una exigencia específica, puesto que el seguro se basa en la mutualidad de los riesgos. El asegurador asume una pluralidad de riesgos y sobre la preocupación de determinar el riesgo asumido y el cálculo de la prima es imprescindible que utilice cláusulas uniformes contenidas en las condiciones generales¹⁷⁴.

Para el asegurador existen muchas ventajas que justifican la utilización de las condiciones generales de la contratación, las cuales pueden considerarse no sólo exclusivas del sector asegurador, sino comunes a toda contratación con condiciones generales. Así por ejemplo, las condiciones generales cumplen la función de dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico, regulando de forma prolija y detallada las recíprocas prestaciones de las partes; eliminando, con ello, las incertidumbres y dudas, así como las posibles controversias que pudiera suscitar la aplicación y ejecución de los contratos, reduciendo el número de litigios y los costes a ellos asociados¹⁷⁵.

La previa redacción de los contratos también se ha considerado como una importante ventaja, al conseguir una reducción de los costes de negociación, simplificando al máximo el procedimiento de formación y

¹⁷⁴ Sobre la justificación técnica de la utilización de las condiciones generales en los contratos de seguro, M. COCA PAYERAS, *op. cit.*, p. 48, argumenta que el mundo del seguro es uno de los sectores de la contratación en los que el contrato aislado o individualizado no tiene cabida, por ser económica y técnicamente inviable.

¹⁷⁵ *Vid.* L. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, *op. cit.* pp. 84 y 85. Añade el autor que esta estandarización de los contratos por medio de las condiciones generales produce los siguientes efectos positivos: reduce las necesidades de comunicación informal entre los sujetos de la organización empresarial, puesto que las eventuales incidencias no necesitarán ser consultadas al estar previstas en el condicionado general del formulario [...]; facilitan la ejecución, en todos los ámbitos de la empresa, de lo planificado por la dirección, privando a los empleados de autonomía para negociar las condiciones generales de los contratos, careciendo de eficacia las promesas orales realizadas por aquellos en contra o al margen de lo indicado en las condiciones insertas en el formulario.

conclusión de los contratos. Efectivamente, puestas las partes de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, el resto se convierte en un proceso prácticamente automático¹⁷⁶. Sin duda esto permite una extraordinaria velocidad media en el perfeccionamiento del acto jurídico y potencialmente coloca a una empresa en posición de celebrar grandes cantidades de contratos en cortos períodos de tiempo.

Por su parte, F. SÁNCHEZ CALERO destaca las circunstancias especiales que sólo se manifiestan en los contratos de seguro y que justifican su empleo por parte del empresario. En estos términos se expresa el insigne tratadista:

“Conviene advertir que la exigencia de la utilización de las condiciones generales, como clausulado general predispuesto por un empresario para que rija todos los futuros contratos que realice, se manifiesta con mayor vigor en el sector asegurador, que en otros sectores económicos en los que se produce igualmente la contratación en masa. En efecto, junto a las razones de la economía de tiempo, de la homogeneidad en las prestaciones, etc., que aparecen en todos los contratos de adhesión vinculados al ejercicio de tantas actividades empresariales, surgen razones impuestas por la técnica aseguradora que hacen necesario el establecimiento de unas condiciones generales. La explotación del seguro va unida, como se sabe, a la existencia de un grupo de personas sometidas a un mismo riesgo, de manera que el asegurador pretende organizar la cobertura recíproca de una necesidad pecuniaria, fortuita y valorable en dinero de ese conjunto de personas. Pues bien, la asunción por parte del asegurador de una pluralidad de riesgos sólo puede realizarse si existe una homogeneidad entre éstos, y para conseguir ésta se hace necesaria una precisa determinación de los riesgos, que difícilmente podría alcanzarse sin ciertas cláusulas de condiciones generales. Todo contrato de seguro se halla dominado por la preocupación de determinar el riesgo que se transfiere al asegurador, y como la prima se calcula con carácter general con relación a ese riesgo, resulta necesario, según decimos, el clausulado general para todos los asegurados de un mismo ramo”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ *Vid.* U. NIETO CAROL, “Contrato de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios”, *AC*, nº 2, 1993, p. 21.

¹⁷⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, “Las condiciones generales en los contratos de seguro y la protección a los consumidores”, en *RES*, nº 21, enero-marzo, 1980, p. 8.

Aunque todas estas ventajas aparenten serlo tanto para el predisponente como para el adherente¹⁷⁸, lo cierto es que sin la debida regulación jurídica y tutela administrativa y jurisdiccional, podrían ser el detonante de muchos problemas y efectos negativos para el adherente, que desde su posición de consumidor de bienes y servicios ocupa la parte débil de la relación contractual. De no ser así, ni la doctrina científica ni este humilde servidor habrían dedicado esfuerzos al análisis de las condiciones generales de la contratación en los contratos de seguro, puesto que en la protección de los derechos del consumidor (del asegurado en el caso especial de esta tesis), y en evitar o minimizar los actos de inequidad radica gran parte del enfoque crítico que puede hacerse a los sistemas estandarizados de contratación, encontrando el tema su relevancia jurídica.

Hasta en el género literario de la novela pueden encontrarse expresas referencias de la trascendencia (y por qué no decirlo de la preocupación) sobre el uso de las condiciones generales en los contratos de seguro. Así por ejemplo, en un pasaje de la novela *The Rainmaker*¹⁷⁹, su protagonista se expresaba en los siguientes términos:

“Tengo casi la absoluta certeza de que en algún lugar de la póliza debe haber una pequeña cláusula de exclusión, apenas legible y ciertamente indescifrable, introducida por unos malabaristas jurídicos que a lo largo de las décadas reciben unos generosos honorarios y se dedican a redactar cláusulas en letra menuda”.

El texto explica por sí solo la desconfianza con que J. GRISHAM, abogado y uno de los más leídos novelistas estadounidenses del siglo XX conocido por sus *thrillers* judiciales, se pone en los zapatos del hombre medio y expresa el recelo que podría generar en el asegurado enfrentarse a la ejecución de una póliza de seguros.

¹⁷⁸ Existe por lo tanto un innegable ahorro de gastos para ambos contratantes, y según J.W. HEDERMAN, *Tratado de derecho civil*, Madrid, ed. R.D.P., 1958, vol. III, *Derecho de obligaciones*, p. 32, aumenta la seguridad y la rapidez de la contratación evitando largas negociaciones.

¹⁷⁹ J. GRISHAM, *The Rainmaker*, trad. Enric. Tremps, 5ª Ed., Editorial Planeta, 1997, p. 30.

De las propias características de las condiciones generales de la contratación, previamente analizadas, se extraen elementos que inclinan la balanza a favor del oferente, quien no sólo predispone e impone el clausulado con el respaldo de su predominante posición económica y de asesoramiento jurídico, sino que refuerza su posición contractual de superioridad frente al consumidor, estableciendo limitaciones en la responsabilidad del oferente (en materia de seguros las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado son paradigmáticas), con el peligro siempre latente de producir cláusulas abusivas¹⁸⁰. Situaciones concretas del peligro que implica la predisposición en la formación del consentimiento contractual son la redacción ilegible o confusa, o en letra de tamaño minúsculo que haga prácticamente imposible su lectura, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Igualmente, la negligencia del predisponente podría revertir aquella ventaja de evitar o reducir el número de litigios, cuando por ejemplo introduce cláusulas que por su oscuridad o ambigüedad imposibilitan la ejecución del contrato, transformándolo en vehículo de creciente litigiosidad¹⁸¹.

2. Artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro:

A) Un precepto precursor de la regulación de las condiciones generales de la contratación

La promulgación de la Ley 50/1980, de 8 de octubre (LCS) supuso un antes y un después en el ordenamiento jurídico español, que por primera

¹⁸⁰ La LCGC desde el Preámbulo de su Exposición de Motivos tuvo la sensatez de distinguir y aclarar que una condición general no tiene por qué ser cláusula abusiva, definiendo a ésta como “la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares”.

¹⁸¹ R.S. STIGLITZ y G.A. STIGLITZ, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 57.

vez se vio dotado de normas especialmente destinadas a regular las condiciones generales de la contratación. No constituye una norma general sino especial, destinada a un sector restringido, pero su influjo en todo el universo de las condiciones generales de la contratación es incuestionable, al constituir el antecedente más importante sobre protección de consumidores y usuarios, y la primera regulación tuitiva de una parte contractual en evidente estado de inferioridad económica y jurídica.

Siendo el contrato de seguro el buque insignia de la contratación mediante condiciones generales, no es de extrañar que la LCS fuese la pionera y empleara enteramente uno de sus mandatos —el art. 3— para implementar una disciplina jurídica sobre condiciones generales a la institución jurídica aseguradora.

Su texto literal es del siguiente tenor:

“Artículo. 3. *Condiciones generales.* Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiese y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se le entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.

Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.

Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

El art. 3 instaura un sistema de control legislativo–judicial. La norma señala que “las condiciones generales y particulares se redactarán en forma clara y precisa”. Pero de su simple lectura cabría dudar si efectivamente estamos ante un sistema de control o si, por el contrario, estamos ante un simple requisito de validez a efecto de que determinadas cláusulas, que en principio pueden ser o no de exclusión, se consideren incluidas o incorporadas al contrato, como componentes de la *lex contractus*, producto de una manifestación unilateral de voluntad. Puede incluso considerarse

que el precepto, en conexión con esa segunda posibilidad señalada, procure imponer una obligación de precisión y claridad con la finalidad exclusiva de dar cumplimiento a los requisitos del contrato, en lo que hace referencia al conocimiento del contenido de una oferta por parte de los futuros aceptantes. Cabe, finalmente, otra posibilidad de evaluación de la norma apuntada en razón a que el legislador, también con buen criterio, haya efectuado esa previsión legal en defensa de los intereses del asegurador. El hecho de asumir una pluralidad de riesgos sólo puede realizarse si existe una homogeneidad de los mismos, y para que esta se consiga hace falta su precisa determinación, lo que difícilmente sería factible sin un clausulado general.

El art. 3 LCS supone, a pesar de sus aspectos perfectibles, uno de los elementos esenciales de protección al asegurado, entendido como consumidor de seguros, como parte débil del contrato; al concentrarse en promover que el asegurado conozca las condiciones generales mediante una serie de obligaciones y requisitos formales impuestos al asegurador, pero ese es un tema que analizaré con mayor detenimiento en capítulos posteriores.

Ante una reforma de la LCS debería tenerse en cuenta que en los grandes riesgos y en el reaseguro, la relación se produce entre profesionales y no entre empresa y consumidor; pero también sucede igual en otros contratos de seguro, en los que no cabe calificar al tomador del seguro o al asegurado de consumidor o de parte más débil. De todo ello resultaría preferible modificar el art. 3 LCS, para someter el contrato de seguro sin más a la LGDCU y a la LCGC, en los casos en que resulten aplicables, y para suprimir de la LCS lo que ya queda regulado con carácter general en esas otras leyes. Al menos, en esa labor de adecuación del art. LCS a la LGDCU y a la LCGC, convendrá adecuar la terminología para calificar a las llamadas condiciones lesivas como “abusivas”, según propone SÁNCHEZ CALERO; y diferenciarlas nítidamente de las condiciones “limitativas” de los derechos del asegurado y de las condiciones delimitadoras del riesgo cubierto. En todo caso se debería establecer expresamente la inaplicación de este artículo a las cláusulas de exclusión de riesgos.

B) Líneas generales del sistema

Establece el art. 3 que “se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. A pesar de que el legislador ha utilizado la expresión “cláusulas limitativas”, parece que deben incluirse, con mayor razón, aquellas que supongan la exclusión o exoneración, porque, parecería ciertamente inconsecuente pensar que el legislador aplica un control a un tipo concreto de cláusulas y no a otros cuyo resultado es a evidentemente más delicado en la relación negocial. En cualquier caso, la expresión “cláusulas limitativas” abarca tanto el caso de las llamadas condicionales generales como las particulares. Las cláusulas limitativas deben venir referidas únicamente a aquellos derechos que presentan una naturaleza dispositiva, por extensión del art. 2 de la Ley, que declara el carácter imperativo, salvo expresa mención en contra, de todos los derechos que se reconocen por la Ley al asegurado. Este último término también debe ser concebido en un sentido amplio, incluyendo tanto a la persona del tomador como a la del beneficiario.

Las consecuencias de la contravención de la regla afectan al consentimiento otorgado por el tomador, lo que conllevará a la declaración de invalidez de las cláusulas limitativas y no a la del resto del contrato sobre el que sí existe un pleno consentimiento. Este efecto apuntado parece coherente, ya que la aprobación específica presenta una naturaleza imperativa, cuya violación trae como consecuencia la nulidad de una cláusula, al enlazar como argumentos los arts. 2 de la propia Ley y el 6.3º Cc¹⁸². Esta aplicación facultará al asegurado a oponer la excepción de la nulidad de la cláusula en particular.

Está claro que no tiene cabida plantearse la hipotética posibilidad en la que existiera aprobación específica sin haberse destacado especialmente la cláusula. Creemos que tal caso no puede responder a la realidad, toda vez

¹⁸² Art. 6.3º Cc: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

que, por pura lógica, si existe una aprobación específica, anteriormente ha debido existir una exposición adecuada de aquellas, que permitiera el acto concreto de aceptación o consentimiento. La única prohibición expresa que señala el art. 3 y a título de cláusula general, afecta únicamente a las condiciones generales. Consagra el precepto que “las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para el asegurado (...)”. La norma que nos ocupa está desprovista de claridad y precisión. Dejando de lado la ya de por sí complicada redacción de la prohibición, el asunto se nos plantea con cierta dificultad a la hora de definir qué son cláusulas lesivas para los asegurados. A mayor detalle, esa problemática adquiere notoriedad cuando el propio art. 3 permite las cláusulas limitativas, aunque con condicionantes. En términos estrictos, debe entenderse por cláusula lesiva aquella que es contraria a la Ley. Sin embargo si nos aferramos a este sentido sería verdaderamente escaso su alcance, toda vez que, tengamos en cuenta, el art. 2 declara la imperatividad de las normas de la Ley, con lo cual el párrafo de prohibición del art. 3 se convertiría en una reiteración innecesaria de ese otro principio rector. De esta forma también hay que entender por lesivas la onerosidad, ya sea a través de una exclusión de responsabilidad, o bien por una limitación u otra cualquier circunstancia. Lo importante es la situación de desproporción o desequilibrio que provoca en la relación o que, en otras palabras, viole el principio general del ordenamiento jurídico español en materia contractual, de equivalencia de las prestaciones.

3. Condiciones particulares y especiales en contraposición a las condiciones generales

A) Situaciones en presencia

El art. 3 LCS se refiere, junto a las condiciones generales, a las condiciones particulares. Éstas resumen el clausulado propio e individual de cada contrato, que por su propio carácter no puede generalizarse. Se incluyen aquí las sumas aseguradas, personas intervinientes, la descripción del objeto asegurado, etcétera.

En la práctica aseguradora, junto a las condiciones generales y particulares aparecen en ocasiones las condiciones especiales. Suelen hacer referencia a la regulación de una modalidad contractual específica¹⁸³. La Ley no recoge expresamente su existencia por cuanto si son condiciones predispuestas por el asegurador se pueden considerar condiciones generales y someterse al régimen legal impuesto para éstas¹⁸⁴. También puede darse el caso, como acertadamente afirma LARRAYA RUIZ, que aunque lo común es que la mayoría de esas condiciones especiales sean auténticas cláusulas generales que se incluyen en todos los contratos de seguro que se realizan para un ramo concreto, por ejemplo, en las pólizas de hogar, especialidad de casas rurales o chalets, en otras ocasiones sólo se insertan en una póliza concreta para un cliente en especial, por lo que en este caso no son generales y sí particularísimas para el asegurado en cuestión¹⁸⁵.

Las condiciones generales pueden coexistir con las condiciones particulares, lo que no resta el carácter de condición general a aquéllas, ni impide que el contrato sea, al ser aceptadas, un contrato de adhesión. Ello permite identificar los elementos esenciales de las condiciones generales, en adición a la contractualidad: generalidad o uniformidad, que hace

¹⁸³ Agrega F. SÁNCHEZ CALERO: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 3ª Edición (DIRECTOR). Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005, p. 87, que también pueden hacer referencia a una forma particular del contrato de seguro, por ejemplo, mediante seguro de abono.

¹⁸⁴ F. DEL CAÑO ESCUDERO: *Derecho español de seguros*, I, 3ª ed., Madrid, Dykinson, 1983, p. 475, clasifica las condiciones generales de la póliza en generales, particulares y especiales, clasificación que no es válida de acuerdo con la LCS a juicio de F. SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.*, p. 87, quien señala que las llamadas condiciones especiales se han de integrar en las generales, o en su caso, en las particulares. A mi juicio, la clasificación en condiciones generales, particulares y especiales no tiene por qué ser descartada por el sólo hecho de que las condiciones especiales no son expresamente reconocidas por la LCS. En primer lugar, porque la doctrina las reconoce como existentes, y además porque forman parte consolidada de la práctica del negocio asegurador y con una función jurídica distinta a las de las condiciones generales en determinadas ocasiones.

¹⁸⁵ Cf. L.J. LARRAYA RUIZ: *Las Cláusulas Limitativas de los Derechos de los Asegurados. artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 58.

referencia a su utilización en todos los contratos del mismo tipo; predisposición a su redacción previa; imposición o rigidez, en tanto a que el consumidor no las puede modificar ni evitar y, por último, el carácter empresarial del predisponente¹⁸⁶. Nada es óbice, pues, para que en el contrato de adhesión se hayan consignado condiciones generales y condiciones particulares. Las condiciones particulares se aplicarán con preferencia frente a las generales, pero el texto íntegro del contrato merecerá especial tratamiento, pues dentro de sí, se destacan unos textos predispuestos, lo que trae una ciclo de efectos que más adelante serán analizados.

Las condiciones generales del contrato juegan un papel importante porque anticipan una serie de efectos jurídicos, aplicables a todos los contratos de cada ramo particular al que pertenecen, como las obligaciones genéricas de las partes, su alcance, el régimen probatorio, las cargas del asegurado y otras tantas que, la mayor parte de las veces, son elaboradas en total protección del asegurador. No obstante, deberá quedar siempre claro que las condiciones generales del contrato y las condiciones particulares forman una *unidad*, de modo que la firma de los estipulantes puesta en la portada de la póliza supone, salvo disposición expresa en contrario, la aceptación de la totalidad. A pesar de este concepto unitario, lo cierto y frecuente es que en una gran cantidad de seguros no se establecen condiciones particulares y el seguro es regulado completamente por lo designado en las condiciones generales; en estos casos el contrato amerita un tratamiento especial, y de ello se derivan efectos particulares, todos ellos encaminados a proteger al tomador-asegurado que lo ha suscrito.

En resumen, si se incluyen para un número indeterminado de contratos de seguro tendrán la consideración legal de condiciones generales. En cambio, si las estipulaciones especiales son únicas para un caso concreto

¹⁸⁶ M.C. GETE ALONSO, reitera los tres elementos enunciados y adiciona que ellas forman parte del contenido del contrato, que deben constar por escrito y cuyo contenido tendencialmente acostumbra favorecer la posición de la parte contratante que las impone (cf. “La formación del contrato”, en *Manual de derecho civil*, t. II, 3ª éd., Madrid, Civitas, 2000, p. 584).

serán calificadas de condiciones particulares predispuestas o condiciones particulares pactadas, dependiendo de que haya habido negociación o no.

Sobre los principios que rigen la interpretación de las condiciones generales y las particulares, la jurisprudencia del Tribunal Supremo destaca que las condiciones particulares prevalecen sobre las generales, a menos que éstas resulten más beneficiosas para el asegurado¹⁸⁷.

B) Examen de la práctica

En un problema de seguro contra incendios se discutió cuál era el valor a indemnizar en atención a un par de cláusulas. La primera era una condición particular, es decir, predispuesta para el contrato en cuestión. Disponía: “El asegurado declara que la cuantía señalada en la presente póliza representa el valor total del edificio o por lo menos 15 veces el importe anual del alquiler del edificio, piso o local ocupado por el negocio garantizado. En caso de siniestro, si resultara tal declaración inexacta, la Compañía respondería del daño únicamente en la proporción existente entre la cantidad garantizada y el importe de quince años de alquiler, conforme a lo dispuesto en el art. 26 de la Condiciones Generales”. Estas condiciones generales (predispuestas para la totalidad o generalidad de los contratos) recogían la regla proporcional para determinar la indemnización en caso de infraseguro, según lo dispuesto en el art. 30 LCS, cálculo que lógicamente arrojaba un importe inferior al deducible según la condición particular. Junto con el art. 1.288 Cc¹⁸⁸, la STS 3 de febrero de 1989¹⁸⁹ declaró la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para el asegurado.

En otro asunto de seguro de automóviles en línea de principio, el antiguo art. 10.2º, segundo párrafo LGDCU, y el vigente art. 6.1º LCGC, en la Condición Particular del seguro se establecía la siguiente frase: “Quedan única y exclusivamente garantizados los accidentes corporales

¹⁸⁷ SSTs de 29 de enero de 1996 (RJ 738) y de 3 de febrero de 1989 (RJ 659).

¹⁸⁸ Art. 1.288 Cc: “La interpretación de las oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese causado la oscuridad.”

¹⁸⁹ RJA 659.

que puedan sufrir los ocupantes del automóvil [...], incluidos los familiares”. Sin embargo, las Condiciones Generales (Responsabilidad civil ilimitada y Personas transportadas incluidas) no excluían, más bien al contrario, los daños a las cosas, centro de discusión y polémica entre las partes. Para la STS 22 febrero 1989¹⁹⁰ la cobertura del seguro debía comprender los daños materiales, pues la condición particular sólo ofrecía una limitación en cuanto a los corporales, pero sin pretender excluir a aquéllos. Con base en el art. 1.288 Cc, sienta el criterio de que la falta de coordinación entre unas condiciones particulares y otras generales no debe favorecer a la parte a quien le resulta imputable tal deficiencia. Como puede observarse, la sentencia resuelve el problema sobre la base exclusiva del art. 1.288 Cc; en consecuencia prevaleció la condición particular más beneficiosa sobre la condición general, que es una regla que emanan del principio *interpretatio contra proferentem* positivizado en el referido precepto. Ahora bien, lo que resultaba más beneficioso para el asegurado no era la condición particular, sino la general. Por tanto, la primera cedió ante la segunda (art. 6.1º LCGC).

Un tercer ejemplo lo encontramos en relación con el seguro de accidentes. En este caso una condición particular modificaba otra general. Esta última fijaba el baremo especial sólo para la invalidez parcial y no para la definitiva. Para la STS 29 de enero de 1996¹⁹¹ prevaleció la condición particular: tanto por el art. 10.2º LGDCU, como por el art. 3 LCS.

¹⁹⁰ RJA 1245.

¹⁹¹ RJA 738; en tal sentido se pronunció la SAP de Barcelona, 12 de marzo de 1999 (RGD, 663, p. 15395).

III. Carácter tuitivo e imperatividad de los preceptos de la LCS

1. Destinatarios de las normas protectoras de la LCS: Concepción amplia del término “asegurado”

Es preciso poner de manifiesto el carácter tuitivo de la regulación del negocio jurídico asegurador, por lo que la LCS impone matizaciones y límites a la voluntad de las partes en este tipo de contrato, para proteger los intereses y derechos de los asegurados considerados como consumidores.

Para J.L. BARRÓN DE BENITO, sin embargo, la Ley de Contrato de Seguro es una norma claramente inspirada en la protección de los consumidores, hasta el punto de que, en opinión del mismo, probablemente haya supuesto un exceso de protección, con afectación incluso de principios básicos del contrato privado de seguro, estableciendo en la Ley de 1980 un régimen “exacerbadamente tuitivo”¹⁹². De ninguna manera comparto esta opinión, dado que los requisitos y garantías establecidos en la LCS a favor del asegurado consumidor fueron inspirados en los principios de protección de los consumidores consagrados en el art. 51 de la Constitución Española. La protección exacerbada que manifiesta el citado autor sólo tendría lugar si alguna de las normas LCS violara principios o garantías del asegurador consagrados en la propia Constitución española, cosa que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en ningún momento ha ratificado¹⁹³.

¹⁹² Cf. J. L. BARRÓN DE BENITO, *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Madrid, Dykinson, 1999. p. 43. Alude como ejemplos de exceso de protección a los pocos efectos del impago de prima o el régimen de inoponibilidad de excepciones frente al tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil.

¹⁹³ Sí se ha pronunciado el Tribunal Supremo en cuanto a la Ley de Contrato de Seguro como disposición proteccionista del asegurado. Así por ejemplo, la STS de 18 de julio de 1987 (Ar. 1510) cuando dispuso que «Nuestra Ley de Contrato de Seguro 50/1980, de 8 de octubre, contiene disposiciones claramente proteccionistas del asegurado, frente a las cláusulas capciosas, sugestivas o captatorias. Así ya en el Art. 2.º se dice que los preceptos de la Ley tienen carácter imperativo, de “ius cogens” y no admiten otras acciones, a no ser que en ellos se disponga otra cosa».

El ámbito de protección contractual que consagran las normas de la LCS a favor de la parte débil en el contrato de seguro, principalmente los arts. 2 y 3, se refiere literal y únicamente al “asegurado”. No obstante, la gran mayoría de la doctrina española (y me sumo al planteamiento) opina que el término “asegurado” no debe entenderse en sentido estricto, más bien en su expresión más amplia, comprendiendo tanto a la figura del asegurado como titular del interés asegurado, como al tomador, al beneficiario en los seguros de personas para caso de fallecimiento e incluso a terceros interesados o al tercero perjudicado respecto del seguro de responsabilidad civil.

La conclusión es lógica si se analiza que aunque en muchas ocasiones los efectos del contrato de seguro se limitarán a una persona en los casos en que el tomador, beneficiario y asegurado coincidan en el mismo sujeto, en otras tantas habrán supuestos en que existirán posiciones jurídicas diversas afectadas por el contrato de seguro que no se limitarán a la figura del asegurado, identificado sin ningún rigor técnico en los arts. 2 y 3 LCS¹⁹⁴.

2. La imperatividad de los preceptos de la LCS como límite a la autonomía de la voluntad: el art. 2 LCS

A) Desplazamiento del principio tradicional de prevalencia de la póliza

Los preceptos de la Ley son de carácter imperativo (*ius cogens*), según establece su art. 2, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. Dicho artículo modifica el criterio del Ccom, que en su art. 385 disponía que el

¹⁹⁴ En sentido contrario se expresa J. L. BARRÓN DE BENITO, *op. cit.*, p. 41. Coincide en esta apreciación J. M. EMBID IRUJO, “El consumidor ante el Derecho de seguros”, *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª ed., Bilbao, Iberdrola, S.A., 1994, p. 246, que en el mismo sentido estima que “extender el ámbito de protección del Derecho de los consumidores a sujetos no titulares del interés asegurado, nos parece, como regla general, inconveniente”.

contrato de seguro se regía por los pactos lícitos consignados en póliza y, en su defecto, por las reglas del Código¹⁹⁵.

El carácter imperativo de la LCS desplaza y desvirtúa el principio, existente hasta su entrada en vigor, de que la póliza es norma fundamental entre las partes¹⁹⁶. Supone por lo tanto, un radical cambio de orientación en el ordenamiento jurídico. En la época actual resulta más adecuado, a efectos de proteger a la parte más débil de la relación, el principio de la LCS que el que había mantenido el Ccom.

No obstante, en todo aquello que no sea contrario a lo establecido en la LCS, será de aplicación el “Principio Espiritualista del Ordenamiento de Alcalá” consagrado en el art. 1255 Cc¹⁹⁷; además, la propia Ley permite la libertad de pacto y la inclusión de cláusulas más beneficiosas para el asegurado.

En la exposición de motivos de la LCS se hace alusión a que se trata de incorporar a España a la corriente universal que existe en los países con un sistema similar, en los que “Han surgido leyes sobre el contrato de seguro que, superando la distinción entre una normativa civil y mercantil por la exigencia técnica de una organización adecuada del asegurador, se preocupan de establecer un conjunto de normas imperativas tendentes a la protección del asegurado”.

¹⁹⁵ Así también lo consagró el Tribunal Supremo, que en la jurisprudencia previa a la vigencia de la LCS declaró que “La póliza es la norma fundamental para regular las relaciones entre las partes” (Sentencia de 10 de octubre de 1973).

¹⁹⁶ Cfr. STS de 20 de marzo de 1991 (Ar. 2267).

¹⁹⁷ Art. 1.255 Cc: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

La imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro como límite a la autonomía de la voluntad fue manifestada por la STS de 27 de febrero de 1990 (Ar. 2973), “La autonomía de la voluntad proclamada por el Art. 1.255 del Código Civil para los contratantes, tiene la limitación general señalada para todo contrato de seguro en la Ley que rige la materia”.

Parte de la doctrina considera que en la LCS no existen normas imperativas *stricto sensu*¹⁹⁸, en la medida en que cualquier precepto, en principio imperativo, debe ceder ante una norma favorable al asegurado, incluidas no sólo las cláusulas textualmente incorporadas al contrato y la conducta de las partes durante su vigencia¹⁹⁹.

Por tal razón merece la pena analizar que el art. 2 LCS establece que los preceptos contenidos en la Ley “tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”. Este principio general de imperatividad tiene entonces dos situaciones que flexibilizan el precepto: Por una parte, aquellas normas LCS que dispongan su carácter dispositivo²⁰⁰, y por la otra, aquellas cláusulas que sean más beneficiosas para el asegurado.

Veamos, en relación a estas últimas, el caso hipotético de un seguro multirriesgo del hogar, en el que el asegurador se obliga a pagar el importe mínimo de lo que el asegurado pueda deber, según las circunstancias por él conocidas, en el plazo de 30 días. De esta forma se reduce el plazo del art. 18 LCS, que es de 40 días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

¹⁹⁸ También algunos autores resaltan que el carácter imperativo LCS puede considerarse, en principio, como excepcional, ya que como regla general, el ordenamiento jurídico regula el derecho de los contratos con normas dispositivas (Cf. F. SÁNCHEZ CALERO, “Sobre la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro”. En AA VV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la navegación*, Madrid, Civitas, 1996, p. 2985).

¹⁹⁹ STS de 28 de noviembre de 1985 (Ar. 5880).

²⁰⁰ En Sentencia de 18 de junio de 1982 (Ar. 3429) el Tribunal Supremo admitió el principio de libertad de pacto en tanto no sean contrarios a normas imperativas: «La Sala de Instancia no olvida el principio de libertad de pacto consagrado en el Art. 385 del citado Código para el contrato de seguro, como en la actualidad lo es en la Ley especial de 8 de octubre de 1980 en tanto no sean vulneradas normas imperativas (art. 8.º en relación con el 2.º), ni ha dejado de otorgar prevalencia a la voluntad negocial reflejada en las condiciones de la póliza —SS. de 16 de marzo de 1962 y 7 de enero de 1967— y tampoco prescindió de la “bona fides” como pauta necesaria en las tareas interpretativas y de ejecución del contrato mercantil, según la jurisprudencia exige».

A lo largo de la LCS existen algunas manifestaciones de normas dispositivas; así por ejemplo, el art. 14, sobre el lugar de pago de la prima; o el art. 15, que dispone: "...Salvo pacto en contrario, si la prima no ha sido pagada antes de que se produzca el siniestro, el asegurador quedará liberado de su obligación".

Este artículo permite que ambas partes pacten la cobertura por el asegurador aun en el caso de que la prima no haya sido pagada. De igual manera, la existencia de un convenio o pacto de aplazamiento del pago de la prima opera en beneficio del asegurado²⁰¹.

Respecto a la excepción precitada de las cláusulas más favorables o más beneficiosas para el asegurado, se puede deducir que el beneficio para el asegurado debe ser entendido no sólo en relación con el titular del interés asegurado (el asegurado), sino también a favor del tomador del seguro, beneficiario o, incluso, buena parte de la doctrina entiende que debe ser aplicable a terceros que puedan tener un derecho propio contra el asegurador. La infracción de los preceptos imperativos daría lugar, en principio, a la aplicación del art. 6.3º Cc²⁰², ya que la LCS no establece otra cosa, por lo tanto el efecto de tal violación es la nulidad de pleno derecho.

B) Excepciones a la imperatividad de los preceptos LCS: El reaseguro y el seguro de grandes riesgos

Dentro de las normas dispositivas contenidas en la LCS se puede citar la contenida en el art. 79, relativo al contrato de reaseguro, que establece que el carácter imperativo LCS no se aplica a tal contrato. Las razones para justificar esto pueden ser numerosas, pero muy importante es el hecho de que en el contrato de reaseguro no existe un asegurado visto como parte débil de la relación contractual (al menos en teoría), sólo dos entidades aseguradoras para las que no parece necesario el carácter tuitivo de la

²⁰¹ STS de 28 de junio de 1989 (Ar. 4791).

²⁰² Art. 6.3º Cc: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Ley²⁰³, siendo estas el reasegurador, por una parte, y por la otra la aseguradora reasegurada²⁰⁴. Ciertamente es que aunque el componente subjetivo del contrato de reaseguro no está compuesto por un consumidor asegurado, sí existe una parte que podría considerarse de hecho como la débil en la relación: la aseguradora reasegurada que tiene que aceptar las condiciones generales redactadas e impuestas por la reaseguradora, aunque en honor a la verdad no debería limitarse la debilidad de un contratante a su imposibilidad para negociar el contenido contractual. En este caso dista mucho esta supuesta debilidad en comparación con la de un asegurado consumidor, ya que la aseguradora reasegurada es una empresa cuyo *core business* es precisamente el negocio asegurador.

Respecto del contrato de seguro de grandes riesgos, actualmente, tras la entrada en vigencia de la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, se ha producido la distinción a efectos del sometimiento a los preceptos de la LCS, trasladando al Derecho español los conceptos de “gran riesgo” y “riesgo masa”, en los que se tiene en cuenta la diferente condición del asegurado a efectos de obtener la protección de la LCS. El “gran riesgo” se define por diferentes criterios, principalmente por la característica del riesgo a asegurar o las condiciones subjetivas del tomador del seguro.

Cuando concurren estas condiciones, la LCS deja de tener carácter imperativo y obligatorio para las partes, dejando los pactos o cláusulas contractuales a la voluntad de las partes, ya que se entiende que el “gran riesgo” no necesita de la protección legal.

²⁰³ La disciplina orgánica y funcional de las empresas reaseguradoras se contiene en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995).

²⁰⁴ Algunas obras dignas de estudio sobre el contrato de reaseguro son: M. BROSETA PONT: *El contrato de reaseguro*, Madrid, Ed. Aguilar, 1961, y C. MORALES SEGURA, “Ley aplicable a los Contratos de Reaseguro”, en *RES*, números 73 y 74, enero–junio, 1.993, pp. 49–55.

Para mayor precisión legal, el art. 44 LCS en su párrafo segundo excluye a los seguros por grandes riesgos del ámbito imperativo de la misma²⁰⁵. El citado precepto dispone:

“Artículo 44. Riesgos extraordinarios y carácter dispositivo de la Ley respecto a los grandes riesgos.

El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no la declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario.

No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma”.

Corresponde entonces detallar los grandes riesgos que cataloga el art. 107.2º LCS²⁰⁶:

“[...] 2. En los contratos de seguro por grandes riesgos las partes tendrán libre elección de la ley aplicable.

Se considerarán grandes riesgos los siguientes:

Los de vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas (comprendidos los equipajes y demás bienes transportados), la responsabilidad civil en vehículos (comprendida la responsabilidad del transportista) y la responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales (comprendida la responsabilidad civil del transportista).

Los de crédito y caución cuando el tomador ejerza a título profesional una actividad industrial, comercial o liberal y el riesgo se refiera a dicha actividad.

Los de vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a los bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles (comprendida la responsabilidad del transportista), responsabilidad civil en general, y pérdidas pecuniarias diversas, siempre que el tomador supere los límites de, al menos, dos de los tres criterios siguientes:

²⁰⁵ Redactado conforme a la Disposición adicional sexta, cuatro, de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995).

²⁰⁶ Redactados igualmente conforme a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP/1995), Disposición adicional sexta, siete.

Total del balance: 6.200.000 ecus.

Importe neto del volumen de negocios: 12.800.000 ecus.

– Número medio de empleados durante el ejercicio: 250 empleados

Si el tomador del seguro formara parte de un conjunto de empresas cuyo balance consolidado se establezca con arreglo a lo dispuesto en los artículos 42 a 49 del Código de Comercio, los criterios mencionados anteriormente se aplicarán sobre la base del balance consolidado.”

Como se puede apreciar *prima facie*, los seguros conceptuados como grandes riesgos comparten, a pesar de su variedad, la característica de que son típicamente seguros empresariales, por la condición subjetiva del tomador, con independencia de la del asegurado, al tratarse de riesgos garantizados por empresarios afectantes a bienes, equipos y actividades empresariales, comerciales o profesionales²⁰⁷, y por ello se liberalizan legalmente, privando de imperatividad a los preceptos LCS y sometiénolos a la libre voluntad de las partes que, incluso, puede abarcar la libre elección de la ley aplicable, con exclusión total de la legislación española, con la salvedad relativa a la LCGC que, en este aspecto, tiene la consideración de norma de orden público interno español, a los efectos previstos en el art. 107.6 LCS²⁰⁸.

C) Seguros no regulados por la LCS: Seguro marítimo y seguro aéreo.

Al excluir de su ámbito de aplicación a la normativa específica de los seguros marítimos y aéreos, la LCS tendrá con respecto a estas modalidades de contrato de seguro un carácter meramente supletorio²⁰⁹.

²⁰⁷ J.L. BARRÓN DE BENITO, *op. cit.*, p. 56.

²⁰⁸ *Vid.* P. BLANCO-MORALES LIMONES, “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de seguro”, en *RES*, número 52, octubre–diciembre, 1987, pp. 73–105; *id.*, “La determinación del derecho aplicable al contrato internacional de seguro” en *RES*, número 56, octubre–diciembre, 1988, pp. 57–58.

²⁰⁹ El Tribunal Supremo, mediante Sentencias de 22 de abril y 2 de diciembre de 1991 concluyó que el legislador había querido excluir totalmente la aplicación de la Ley

Así por ejemplo, aquellas normas de regulación específica se aplicarán con carácter prioritario a las normas contenidas en la LCS. Sin embargo, respecto a aquellas materias no reguladas expresamente en el seguro marítimo y seguro aéreo, se aplicarán las normas contenidas en la LCS como norma supletoria.

En cuanto al seguro marítimo, partimos de la premisa de que los navieros asegurados históricamente no tienen una posición de debilidad frente al asegurador, lo cual justifica su regulación legislativa independiente de la LCS, y se mantienen vigentes los arts. 737 a 805 y 954 Ccom que lo regulan, y con primacía absoluta sobre la LCS, al no haber sido derogados por ésta, lo cual ha sido refrendado por diversas Sentencias del Tribunal Supremo²¹⁰. A juicio de F. SÁNCHEZ CALERO, “[...] aún limitando su alcance a la simple subsidiariedad, ha de tenerse en cuenta que el seguro marítimo es calificado como relativo a ‘un gran riesgo’, conforme al art. 107.2º letra a) LCS, de manera que en todo caso los preceptos de esta Ley tendrían carácter de derecho dispositivo”²¹¹. Esta apreciación resulta, a mi entender, meramente teórica, porque la aplicación supletoria de las normas de la LCS se traduce en la gran mayoría de los casos en la inaplicación de los preceptos de la LCS al referido seguro.

Entre las normas de regulación específica del seguro marítimo podemos destacar a la Ley 27/1992, de 24 de diciembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante²¹², la cual estableció en su art. 78 la obligatoriedad de las empresas navieras de tener asegurada la responsabilidad civil en que pudieran incurrir con ocasión de la explotación mercantil de sus buques.

50/1980 a cualquier modalidad de contrato de seguro que tuviera una regulación específica.

²¹⁰ Sobre la vigencia de los preceptos del Ccom relativos al seguro marítimo, la STS de 19 de octubre de 1987 (Ar. 7297) destaca que “Como resulta del Art. 2.º de la Ley de Contrato de Seguro, dicha normativa sólo será aplicable a las modalidades del contrato de seguro en defecto de Ley que les sea aplicable, lo que no acontece en el presente supuesto, ya que la Disposición Final de la referida Ley reguladora del Contrato de Seguro ha dejado vigentes los artículos del Código de Comercio, reguladores del seguro marítimo.

²¹¹ F. SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 57.

²¹² B.O.E. de 25 de noviembre de 1992 y de 30 de diciembre de 1997.

Por supuesto el contrato de seguro, además de cubrir la responsabilidad civil indicada en el párrafo anterior, podrá cubrir otras responsabilidades o riesgos que pacten libremente las partes, así como ampliar el ámbito y los límites de cobertura. Incluso el Reglamento de Seguro de Responsabilidad Civil de Embarcaciones de Recreo, de 30 de abril de 1999 hace remisión expresa a la Ley de Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, con lo cual se confirma el carácter supletorio previamente comentado.

Por citar y analizar un ejemplo, veamos el caso ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.^a) en su Sentencia de 25 de abril de 2002 cuando confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Santa Cruz de Tenerife, por la que se estimaba la demanda formulada por la demandante que había sufrido lesiones en una embarcación de recreo de las denominadas de navegación a vela al realizar una maniobra consistente en izar o tratar de enderezar la lancha neumática que remolcaba, recibiendo instrucciones del propietario y patrón del barco. La lesionada interpuso reclamación de daños y perjuicios por las lesiones sufridas contra el propietario y patrón del barco y contra la entidad de seguros que cubría el riesgo de responsabilidad civil de la embarcación, condenando el Juzgado a los citados demandados con carácter solidario al pago a la actora de la cantidad de 10.854.072 de las antiguas pesetas por las lesiones sufridas.

La compañía de seguros interpuso recurso de apelación solicitando su absolución al considerar que el supuesto enjuiciado estaba excluido del seguro ya que se produjo fuera del ámbito geográfico de cobertura de la póliza, entendiendo el juzgador de instancia que dicha exclusión no era sino una cláusula limitativa de derechos.

Por parte de la Audiencia Provincial se confirmó la sentencia dictada en la instancia en todos sus extremos, lo que viene a indicar, que los preceptos de la Ley de Contrato de Seguro pueden ser aplicados supletoriamente al seguro marítimo, concretamente en este caso el art. 3 LCS.

Pasando a la esfera de los seguros de navegación aérea, los cuales también tienen un régimen especial, varias son las normas que deben

tenerse en cuenta cuando se está ante una responsabilidad derivada de accidente aéreo, entre las cuales tenemos:

- Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.
- Ley Penal y Procesal de 24 de diciembre de 1964, de Navegación Aérea.
- Real Decreto 389/1998, de 13 de marzo, que regula la investigación de los accidentes de aviación civil.
- Real Decreto 37/2001, de 19 de enero, que actualiza las indemnizaciones fijadas por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, en caso de accidente.
- Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

La norma fundamental en la que se ha recogido la responsabilidad civil derivada del accidente de aviación es la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, referente a materias de índole civil, mercantil y administrativa, junto con los arts. 1902 y 1903 Cc. Adicionalmente, en los supuestos de navegación aérea internacional, aplican los tratados suscritos por España.

La LNA establece en sus arts. 126 y 127 la obligatoriedad del seguro de pasajeros, el de daños causados a terceros y el de aeronaves destinadas a la actividad comercial o que sean objeto de hipoteca, y el art. 128 indica que “no se autorizará la circulación por el espacio aéreo nacional de ninguna aeronave extranjera que no justifique tener asegurados los daños que pueda producir a las personas o cosas transportadas o a terceros en la superficie. Estos seguros podrán sustituirse por una garantía constituida mediante depósito de cantidades o valores, o por una de las fianzas admitidas por el Estado”.

Concretamente, el art. 126 LNA indica que los seguros aéreos tienen por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afectan a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, así como las responsabilidades derivadas de los daños causados a terceros por la aeronave en tierra, agua o vuelo; y precisamente es el art. 127 LNA el que recoge la obligatoriedad del

seguro de pasajeros, el de daños causados a terceros, el de aeronaves destinadas al servicio de líneas aéreas y el de las que sean objeto de hipoteca.

En cuanto a las indemnizaciones previstas por la LNA han sido actualizadas por el Real Decreto 37/2001, de 19 de enero²¹³, para los casos de responsabilidad por daños en el transporte de viajeros, equipajes y mercancías, así como por los que causen a las personas o a las cosas en la superficie terrestre por acción de la aeronave o por cuanto de la misma se desprenda o arroje. Para las indemnizaciones relativas a los pasajeros, las cuantías se elevan o adaptan teniendo en cuenta las establecidas por las compañías aéreas de la Unión Europea en el Reglamento (CE) 2027/1997 del Consejo, de 9 de octubre, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente. En cuanto a las indemnizaciones relativas a equipajes y mercancías, la elevación de las cuantías también responde a tendencias que operan en otros países, reflejadas concretamente en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional concluido en Montreal el 28 de mayo de 1999 y firmado por España el 14 de enero de 2000.

IV. Reglas de interpretación de las condiciones generales del contrato de seguro

1. Labor del intérprete en el contrato de seguro

A) Características de la actividad

La interpretación es un acto de comprensión y, por ende, una toma de posición axiológica. Los jueces no valoran solamente conductas, sino también leyes, puesto que eligen, del conjunto que el ordenamiento jurídico presenta, las normas que considera aplicables al caso en particular. El intérprete debe examinar y establecer el sentido de las condiciones que a fin de cuentas es la presunción de la voluntad común de las partes –cuando

²¹³ BOE, 2-II-01.

éste no es confuso o poco claro para aplicarlas sin más a la controversia planteada y, en de ser necesario, someterlas a las normas de control de contenido y declarar su nulidad, allí donde ya no cabe interpretación y donde la mejor solución, quiérase o no, es la declaratoria de nulidad total o parcial. Aun en caso de que los contratos de seguro contengan condiciones generales no negociadas impuestas por el asegurador predisponente al asegurado adherente siempre habrá una franja aunque sea pequeñísima, de intención común de los contratantes. Que el adherente tomador del seguro deseaba o incluso necesitaba contratar un concreto y específico contrato de seguro es una realidad que nadie podría negar, por lo que al menos en la parte que se relaciona con la esencia del contrato ambas partes estaban de acuerdo de un modo u otro²¹⁴. Si la interpretación está desterrada en presencia de cláusulas claras y precisas, en el caso contrario se impone; interpretar allí donde el predisponente ha incorporado premeditadamente ambigüedades calculadas o no tan calculadas pero definitivamente disimuladas. Si es necesario realizar una labor interpretativa es porque el contrato no se comprende, y si no se comprende se obstaculiza y corta toda posibilidad al conocimiento, al margen de que por esa vía se está abusando de la buena fe del asegurado quien es ajeno e ignora la técnica del seguro y las imposiciones del asegurador, pudiendo existir en este una conducta calculada y estratégica, un comportamiento reiteradamente torcido por parte de quien intenta sacar ventaja allí donde la claridad y la comprensibilidad no están presentes o allí donde se pretende jugar con ellas. No tiene sentido tratar averiguar la voluntad del predisponente pues es la que emerge claramente en el clausulado.

Los rasgos distintivos a que se acaba de hacer mención llevan a poner en discusión la utilidad de las normas positivas de interpretación recogidas tanto en los arts. 1.281 a 1.289 Cc, como en los arts. 50 a 63 Ccom ya que en el momento de publicación de las mismas no había surgido la utilización de esta forma de contratación en masa. A pesar de tal cuestionamiento no parece que existan dudas sobre la aplicación de los principios

²¹⁴ S. DÍAZ ALABART, “Artículo 6. Reglas de interpretación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (R. BERCOVITZ, coord.), Elcano, 1999, pp. 193–232, p. 199.

interpretativos que se derivan de aquel conjunto de normas, aunque con las indispensables correcciones de adaptación a las modalidades contractuales específicas de adhesión bajo condiciones generales. Por lo tanto, estos principios generales de hermenéutica deberán ser compensados con normas positivas específicas que contemplan modalidades específicas de contratación bajo Condiciones Generales como son el art. 3 LCS y el art. 10 LGDCU.

Resulta obligado referirse aquí a la STS 2ª TS 14 de diciembre de 1989 establece que el contrato de seguro, al que califica de adhesión, debe someterse en su interpretación con carácter primario y principal al libre juego de lo expresado y querido por las partes en el correspondiente escrito contractual:

“Sin negar que de los hechos probados se deduce esa referida circunstancia de conducción anómala, el recurso debe ser desestimado por estas breves razones: *a)* Este tipo de contrato de seguro (el voluntario), al ser de carácter puramente privado, debe someterse en su interpretación con carácter primario y principal, al libre juego de lo querido y expresado por las partes en el correspondiente escrito contractual, de tal manera que mal se puede hacer esa labor hermenéutica cuando, como ocurre en el presente caso la póliza suscrita no se halla incorporada al procedimiento en ninguno de sus trámites. *b)* Por eso, y aunque es costumbre generalmente establecida en los seguros de carácter voluntario de automóviles la exclusión de su cobertura en ciertos supuestos, como son la conducción sin carnet, la realizada bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes, etc., no cabe olvidar que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 3º de esa Ley de 1980, al tener esa exclusión un carácter excepcional, es imprescindible, que en los correspondientes contratos, aunque genéricamente se consideren de adhesión, figuren bien resaltados y firmados por separado. Por ello, y como antes hemos indicado, mal se puede comprobar ese requisito legal en estos supuestos excepcionales, cuando tanto la Sala de instancia, como ésta de casación, han carecido y carecen de los mínimos elementos probatorios en que se basa la pretensión recurrente”.

Es debatible si el objeto de la interpretación son los términos de las condiciones generales en su formulación genérica o abstracta, o si por el contrario lo que importa es el sentido que debe prevalecer en la utilización de aquellas condiciones generales en un contrato concreto y determinado. En toda labor de interpretación, el intérprete debe siempre advertir la

conurrencia de dos elementos: Por una parte existe la obligación asumida por los poderes públicos de impedir la presencia de condiciones generales manifiestamente perjudiciales para la parte más débil del contrato, y si tales condiciones llegan a ser asumidas, la interpretación y aplicación de las mismas ha de cumplirse teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto; por otra parte, la aplicación de una determinada condición general exige la previa valoración de que sea conforme con la normativa general de la contratación.

Interpretar un contrato de seguro es aclarar el conjunto de documentos que conforman la póliza con el objeto de buscar el sentido de sus cláusulas oscuras, incomprensibles y ambiguas con la ayuda de diversas técnicas o pautas que respetan lo más fielmente posible la común intención de las partes, incorrectamente expresada; y si se interpreta es porque la aseguradora ha incumplido su deber de hablar claro, de pronunciarse claramente (*clare loqui*); la interpretación tiende a precisar el alcance y contenido exacto de las correspondientes obligaciones de las partes, frecuentemente, la cobertura debida por el asegurador y los efectos que derivan de la misma, lo cual no es impedimento para que en los casos que proceda se declare la no cobertura de un determinado riesgo.

Así nos lo recuerda entre otras muchas la STS de 21 de noviembre de 2008²¹⁵ en un caso de seguro de responsabilidad civil patronal y ante un accidente laboral de trabajador. El fondo de la disputa consistía en la aplicación o no de un límite parcial por víctima establecido en la póliza. La responsabilidad civil contratada lo era por siniestro y ello con independencia del número de víctimas. Se arguye precisamente en la literalidad oscura interpretable “pro asegurado” como un postulado ni absurdo ni ilógico.

La interpretación es un ejercicio previo y lógico al control de contenido, por lo que sus reglas se aplican en primer lugar, naturalmente. Esta prioridad temporal no es antojadiza, muy por el contrario, tiene su importancia en la aplicación de la regla *contra proferentem*, ya que la aplicación de uno u otro sentido a una cláusula entre los varios posibles

²¹⁵ RJ 2009, 143.

puede ser trascendental a los efectos de considerar la cláusula eficaz o por el contrario nula a tenor de las normas de control de contenido. No menos cierto es que los jueces en ocasiones han utilizado la interpretación para efectuar un encubierto control de contenido de los contratos celebrados sobre la base de condiciones generales²¹⁶. Si bien no nos repele la conducta pues siempre tendemos a favorecer a la parte débil del contrato, el consumidor, por el contrario se le está haciendo flaco favor al Derecho, pues interpretar rectificando no significa por ello que se haga más justicia si un juez cree que la razón está de parte del consumidor buscando y tratando de hallar una fundamentación más congruente e incluso tradicional para dictar una sentencia que podrá hacer justicia pero que desnaturaliza y equivoca al aplicar las reglas contractuales.

Es justamente en el momento de la ejecución del contrato, es decir, cuando se produce el siniestro, cuando salen a relucir las dudas, los rechazos, los vacíos, las confusiones y las ambigüedades, principalmente por parte de quien las predispuso en pos de resguardarse del pago de determinadas coberturas. Y esta postura de por sí es intolerable e inaceptable por lo que la interpretación acaba creando indirectamente, en ocasiones, una distribución equitativa del riesgo de ambigüedad en la declaración, imputándosele como no podía ser de otra manera, a quien lo ha generado desde la imposición, el cómputo y probablemente desde el conocimiento de semejante abuso. Esta es exactamente una de las funciones a las que está llamada la regla *contra proferentem*, la cual además da motivos al predisponente para expresarse claramente pues de lo contrario le sanciona con una interpretación en su contra en caso de que no lo haga y al margen de su buena o mala fe subjetiva²¹⁷.

La interpretación de cláusulas y también de pólizas oscuras es en cierta forma una señal del poder soberano de los jueces, quienes han de interpretar aquellos contratos de seguro que no sean ni claros ni precisos²¹⁸. Vienen a subsanar la falta de honestidad, atinado juicio y buena fe en quién

²¹⁶ J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 288.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 319.

²¹⁸ M.H. MALEVILLE, *L'interprétation des contrats d'assurance terrestre*, Paris, 1996, p. 125.

elaboró, predispuso e impuso semejantes cláusulas a quienes han suscrito un seguro, y ante todo, quienes lo han suscrito sin poder alterar absolutamente nada de la redacción de dichos clausulados.

La LCS no contiene más regla de interpretación de las condiciones generales que la prevista en el citado art. 2, que dispone en su último inciso que “no obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”.

En los supuestos de duda en materia de interpretación de las pólizas de seguros, como cláusulas contractuales al fin y al cabo, serán interpretadas siguiendo los mandatos establecidos en el los arts. 1281 a 1289 Cc²¹⁹. Así

²¹⁹ Entre otros vid. L.J. LARRAYA RUIZ, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados artículo 3.1 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro*, Elcano, 2001, p. 209 quien defiende sin rodeos que la nulidad siempre favorecerá más al asegurado que la mera interpretación de la estipulación controvertida ya que se estará eliminando el límite que establecía dicha cláusula. Algo más dudoso se muestra A. MARINA GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual del Seguro”, *CDC*, 1991, nº 10, pp. 49 ss., p. 73 quien duda en si se deberá optar entre la nulidad o por el sistema de interpretación de la estipulación no clara. En similares términos se expresa A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, 1996, p. 159, si bien se inclina por la nulidad si se comprueba que la cláusula no se ajusta a las exigencias de la buena fe y al respeto de los principios inspiradores legales, ya que si el resultado de esta valoración es negativo, dicha cláusula será calificada de lesiva, y por tanto, abusiva. A favor también de la no incorporación de cláusulas difícilmente perceptibles, inconcretas o incomprensibles aunque para ello se sustenta no en la LCS sino más bien en la LCGC, J. PAGADOR LÓPEZ, “Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *loc. cit.*, p. 399. Son defensores de la interpretación como sanción y no de la nulidad, R. ILLESCAS ORTIZ, “El lenguaje de las Pólizas”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, Madrid, 1982, pp. 357–378, p. 258; F. SÁNCHEZ CALERO, “Comentario al artículo 3 LCS, Ley”, *loc. cit.*, p. 67. Para L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1993, p. 351 en una posición un tanto ecléctica señala “... Parece razonable permitir la aplicación de ambas vías de reacción, graduando la inobservancia. Se pueden distinguir de este modo grados de inobservancia o, si se prefiere, distinguir entre cláusulas oscuras y cláusulas incomprensibles, aplicando a las primeras la interpretación contra el predisponente y a las segundas la nulidad”.

por ejemplo, haciendo una interpretación literal de la póliza, tendrán prevalencia las condiciones particulares sobre las generales²²⁰.

Una línea jurisprudencial constante ha recaído en la aplicación del art. 1.288 Cc por parte del Tribunal Supremo, en orden a la interpretación de los contratos de seguro como contratos de adhesión, que impide hacer una interpretación favorable a quien sea responsable de los posibles equívocos de las expresiones contractuales utilizadas, señalando por ejemplo, que cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer al asegurador, pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo atribuibles a él mismo²²¹.

Entre los mencionados artículos del Cc se inspiran también el principio *in dubio pro asegurado*, y la regla de condición más beneficiosa como excepción a la regla de la prevalencia, según iremos analizando en los siguientes apartados²²².

B) Examen de la práctica

Veamos algunos ejemplos de la práctica. En un seguro de incendio establece la póliza la indemnización de los daños materiales y directos

²²⁰ Vid. STS 1 de abril de 1981 (RJ 1475), que en el análisis de una póliza de seguro de vehículos a motor impone la aplicación de los arts. 1281 y 1.288 Cc. para garantizar la interpretación literal y consecuente aplicación de las condiciones particulares, que incluyeron la responsabilidad civil frente a familiares transportados en el vehículo, en detrimento de la exclusión puntualizada por las condiciones generales de la misma póliza.

²²¹ El contenido del Art. 1.288 Cc ha dado lugar a una muy extensa jurisprudencia, en la que destacan las SSTS de 20 de septiembre de 1982 (Ar. 5921), de 13 de abril de 1984, de 22 de febrero de 1985, y de 22 de febrero de 1989 (Ar. 1245).

²²² No obstante, como apunta SÁNCHEZ CALERO, “el sistema adoptado por la Ley no deja de entrañar riesgos por su propia indeterminación, que viene dada por su generalidad” (F. SÁNCHEZ CALERO, “Sobre la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro”, en AA VV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la navegación*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 2996).

ocasionados por el incendio en una máquina cosechadora a toda clase de bienes, muebles o inmuebles. Pero a renglón seguido, y como cláusula particular, se limitaba de esta forma la responsabilidad: “Respondiendo por este seguro únicamente de los daños producidos por un incendio o explosión del motor cuando uno u otro fuesen originados por consecuencia de choque o de vuelco sufrido por la máquina asegurada, los peritos dictaminarán el alcance de los daños producidos por el choque o por el vuelco, los cuales no serán indemnizables por esta póliza”, La STS 22 de febrero de 1985²²³ entendió que sí quedaba cubierta la indemnización de los daños producidos por un incendio de las mieses propagado por una chispa desprendida de la referida máquina. Mientras la cláusula general lo cubría, la particular parecía dudoso, pues la chispa no se correspondía con las causas en ésta contempladas. El Tribunal Supremo, ante la posible oscuridad creada por esta dualidad de cláusulas aparentemente enfrentadas, entendió que, por el art. 1.288 Cc, la solución no debía favorecer a la parte que había ocasionado la oscuridad, esto es, la compañía aseguradora.

Sobre la aplicación de art. 1.288 Cc (que, recordémoslo, data de 1889) existe abundante jurisprudencia. No se ha traído aquí a colación, pues nos interesa el juego del principio *interpretatio contra proferentem* o contra stipulatorem, a que responde dicho precepto, una vez entrada en vigor la LGDCU (que en su art. 10.2º también vino a consagrar). Debe tenerse en consideración que la regla *contra proferentem* no se aplica cuando la duda resulta provocada no por una cláusula concreta, sino por el condicionado general en su conjunto. De la misma manera esta regla es inaplicable cuando la duda que asalta al intérprete procede de la naturaleza jurídica de la misma (es decir, qué calificación es procedente) o de la eficacia de la misma (es decir, si es abusiva o no). Finalmente, la duda habrá de proceder del tenor literal de la condición general o de su aplicación al caso concreto. En toda la sentencia esta LGDCU ni tan siquiera se menciona, pese a ser su fecha de 1985, o sea, posterior a la Ley. Puede que ello obedeciera a no considerarla aplicable a un contrato seguramente celebrado antes de su entrada en vigor, o puede que la relación acaso no fuera de consumo, lo que podría ocurrir si los asegurados tuvieran la condición de profesionales, en

²²³ RJA, 742.

este caso, de la agricultura. Lo importante es destacar que el art. 1.288 Cc, hasta la LGDCU, resultaba aplicable a cualquier tipo de contrato, siempre que la cláusula oscura hubiera sido redactada por una de las partes. A partir de la LGDCU, es el art. 10.2º el que procede aplicar a los contratos con consumidores, quedando el 1.288 Cc vigente para el resto. Además, debe sumarse a ambos preceptos el art. 6.2º LCGC. En lo que nos interesa, ¿vienen estos tres preceptos a ser reiterativos, o mantiene alguna diferencia? Su fundamento es común, pero no el ámbito, requisitos y efectos de su aplicación. Así: a) El art. 1.288 Cc se aplica a todos aquellos contratos realizados entre particulares o bien entre comerciantes, en este último caso sin condiciones generales. También se aplicaría a un contrato entre empresario/profesional y consumidor, pero respecto de una cláusula negociada individualmente (aunque sería más raro, pues ahí es posible que a nadie se le pueda imputar la oscuridad de la cláusula). Según el art. 1.288 Cc, la interpretación de la cláusula no debe favorecer a quien hubiera ocasionado la oscuridad. b) El art. 10.2º LGDCU se aplica a los contratos con cláusulas no negociadas individualmente, o con condiciones generales, celebrados entre un empresario/profesional y un consumidor. Y, en apuesta claramente más enérgica y protectora, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor. c) El art. 6.2º LCGC se aplica a los contratos con condiciones generales celebrados entre un profesional y un adherente, sea persona física o jurídica, consumidor o no (más útil para quien no lo es, pues el consumidor ya cuenta con el específico art 10.2º LGDCU). En cualquier caso, idéntico al art. 10.2º: las dudas se resolverán a favor del adherente.

Por su parte la ordenación del seguro de vida en caso de accidente de circulación entiende que esta cobertura [complementaria por fallecimiento accidental] queda excluida si la muerte sobreviene por alguna de las circunstancias siguientes: [...] e) Accidentes ocasionados por el uso de motocicletas o ciclomotores y por la conducción de vehículos a motor si el asegurado no está en posesión de la autorización administrativa correspondiente”. Pues bien el TS tuvo que dirimir un caso en el cual la póliza definía el accidente de circulación excluido como aquel que sobrevenga al asegurado “como conductor o pasajero de un medio de

transporte público o privado, con o sin motor, por la vía terrestre, subterránea o fluvial”. El asegurado falleció al conducir, con el correspondiente permiso, una motocicleta y sufrir una caída por tropezar con el bordillo de una acera. La Compañía, jugando con ambas cláusulas, pretendía dejar fuera de cobertura el siniestro, conclusión que, a juicio de la STS 22 de febrero de 1989²²⁴ no puede sostenerse, pues la posible oscuridad creada por ambas cláusulas debe resolverse a favor del asegurado. Como hemos reiterado hay que tener presente que el art. 3 LCS de 1980, prohíbe las cláusulas lesivas para el asegurado, debiendo aceptar expresa y específicamente las condiciones limitativas.

Otro ejemplo viene referido al seguro de accidentes. En la póliza suscrita se estableció de modo genérico que para el supuesto de invalidez permanente del asegurado, el capital fijado era de un millón de las antiguas pesetas, pero sin distinguir entre la invalidez permanente parcial (para determinada clase de trabajos) o absoluta. En aras de una interpretación “pro asegurado”, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, 5 de diciembre de 1995²²⁵, dispuso que la cláusula deberá aplicarse a todos los casos de invalidez permanente, pues la oscuridad de la misma no debe favorecer a quien la redactó. Es obvio, en este caso, que otra interpretación equivaldría a una restricción del posible supuesto de hecho, restricción que supondría una limitación en la cobertura que, según el art. 3 LCS, exigiría, en su caso, una aceptación expresa y específica del asegurado.

El seguro que cubre el riesgo de invalidez absoluta y permanente también ha sido objeto de consideración por los tribunales españoles. El contrato contemplaba como riesgo objeto de cobertura a indemnizar tanto la muerte como la “invalidez permanente y absoluta”. La definición resultaba poco clara, pues desde la legislación laboral o de la Seguridad Social no coinciden los conceptos de “invalidez permanente total” –que puede ser relativa para determinado trabajo– y el de “invalidez permanente absoluta” para todo trabajo. Pero resulta, además, que tal distinción no era procedente efectuarla tratándose el asegurado de un funcionario, en donde

²²⁴ RJ 1989/1246. Asimismo SSTs 24 de mayo de 1988 (RJA. 4330), 3 de junio de 1988 (RJA. 4739), y 18 de julio de 1988 (RJA. 5725).

²²⁵ AP 700/1996.

basta hablar de “invalidez permanente”. Las dudas, de nuevo con apoyo en el art. 1.288 Cc, fueron resueltas, una vez más, a favor del asegurado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas 25 de mayo de 1998²²⁶. Acertadamente la sentencia citada no excluyó, dando mayor solidez a su fundamento, la mención al art. 3 LCS, pues a su tenor toda cláusula que reduzca o excluya algún supuesto dentro de uno u otro riesgo debe ser destacada de modo especial y aceptada específicamente por el asegurado, por tratarse de una cláusula limitativa.

En un supuesto de seguro de repatriación de los ocupantes de un vehículo, el conflicto tuvo su origen en un contrato de seguro, complementario a un seguro de automóviles, en cuyas condiciones generales expresamente se disponía la cobertura del transporte o repatriación de los ocupantes del vehículo hasta su domicilio o al lugar del destino del viaje, a su elección, si este segundo caso no supone gastos superiores al regreso al domicilio, para el anterior supuesto de inmovilización del vehículo por más de cinco días a causa de accidente o avería. Tras sufrir el asegurado un accidente automovilístico en Laredo (Santander), reclamó los gastos con ocasión de su traslado hasta su domicilio en taxi, dado su estado de nerviosismo, enviando las maletas por medio de un transportista. La Compañía alegó, sin embargo, que la repatriación excluía el taxi como medio, y que se le ofreció al actor un vehículo de alquiler que rechazó, y negando también que la repatriación incluyera las maletas. El problema era, pues, interpretativo. Así lo admitió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de junio de 1998²²⁷, invocando los arts. 1.288 Cc y 10 LGDCU entendió que:

“No habiéndose puesto en duda por el asegurador la causa de la necesidad de la repatriación o transporte, se ha de concluir que una interpretación lógica de la cláusula general antes transcrita lleva a la conclusión de que aquél se obliga al pago de los gastos así ocasionados, sin que exista restricción o exclusión alguna como pretende. Es cierto que puede haber una negociación entre el asegurado sobre la forma de realizar esta repatriación, pero en caso de que la misma no fructificara en

²²⁶ ArCiv. 1147.

²²⁷ RGD, nº 654, p. 3098.

acuerdo alguno –como sucedió en el presente caso–, aquella obligación subsiste sin restricción alguna, esto es, incluyendo las maletas.”

De la cláusula objeto de conflicto, y atendiendo a que las dudas deben resolverse en beneficio del consumidor, la decisión parece ajustada a la legalidad vigente.

Mayor interés ofrecen para nuestro estudio dos asuntos concernientes al seguro de defensa jurídica y, concretamente, al alcance de la defensa. Cuando la póliza incluye la “defensa jurídica” del asegurado, ¿qué debe alcanzar dicha expresión? Para la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 12 de noviembre de 1998²²⁸, la solución fue clara: es indiscutible que tal término no es equivalente a “defensa judicial”; es mucho más amplio y genérico, abarcando no sólo esta última, sino los actos preparatorios de ella, pues es sabido que cualquier contienda judicial suele ir precedida de una actividad previa o extrajudicial, tendente a evitarla cuando es posible. Es obvio, y no cabe duda alguna, que la utilización de una expresión o concepto genérico incluye y comprende todas las especificaciones que en él tengan cabida, sin descartar ninguna a menos que expresamente se haga.

En el otro caso el art. 5.6º de la póliza excluía los “litigios sobre cuestiones de propiedad intelectual e industrial, así como los procedimientos judiciales en materia de Sociedades, de urbanismo, concentración parcelaria, expropiación o que dimanen de contratos sobre cesión de derechos a favor del Asegurado”. Las Condiciones Generales de la póliza se referían al Seguro de Defensa Jurídica del “pequeño comerciante”. La duda era si la cláusula de exclusión afectaba a todo asegurado, sólo al gran empresario, o también al pequeño. La citada SAP de Teruel, de 12 de noviembre de 1998 reiteró que dicha póliza se aplicaba al pequeño comerciante, no al comerciante social, siendo en este caso la exclusión inoperante, pues aun tratándose de un litigio en materia de propiedad intelectual, el asegurado era un pequeño comerciante. La exposición de los fundamentos de la sentencia adolece de falta de la

²²⁸ ArCiv. 2213.

claridad necesaria para pronunciarme sobre lo que, en última y única instancia, pareció ser, de nuevo, un problema estrictamente hermenéutico.

2. Principios inspiradores

A) Regla de la buena fe

En aplicación de este principio, el contrato de seguro se presume que ha sido celebrado de buena fe. Este principio recoge la máxima romana que reza que la buena fe se presume y la mala debe probarse. Debe hacerse la presunción por parte del intérprete de que los contratantes han celebrado el contrato con la probidad y lealtad que reclama el comercio jurídico, lo cual lleva incluido la plena conciencia de no engañar, ni causar un perjuicio, ni dañar a la otra parte.

En el contrato de seguro, por tratarse de un contrato al que se reconoce por la doctrina más generalizada un carácter de especial buena fe, no es extraño encontrar dentro de su regulación positiva continuas referencias al principio de la buena fe, no como un simple instrumento para juzgar el comportamiento de las partes frente al cumplimiento de sus obligaciones como es usual en cualquier contrato, más bien para moderar objetivamente los efectos del mismo, alterando muchas veces los principios generales que rigen el negocio jurídico en beneficio del contratante de buena fe ante realidades que en otros contratos supondrían, sin mayor discusión la privación de los efectos del acuerdo. Pero ante a la prueba de la existencia de la mala fe, de la intención de fraude o de la malicia dirigida a obtener provecho por parte del asegurado, la reacción del ordenamiento jurídico es clara y se acomoda en líneas generales a los principios generales que rigen el contrato: la nulidad relativa del seguro, si esa mala fe influye en el momento en que se produce el intercambio de manifestaciones de voluntad que dan origen al contrato, en la medida en que configura un vicio de la voluntad, en este caso, el dolo, en ese momento de la celebración, la pérdida del derecho a la indemnización o la terminación del contrato, si esa mala fe se hace notoria en el comportamiento del asegurado posterior a la celebración del contrato o con motivo de la reclamación de la indemnización.

Como es obvio, en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta²²⁹. Esta presunción de buena fe emana del supuesto sobre el cual giran la totalidad de las relaciones humanas: toda persona es inocente u honorable hasta que se demuestre lo contrario. El principio de buena fe pone al juez sobre aviso de la necesidad de la valoración de la conducta de los contratantes en relación con las disposiciones del contrato y los criterios ético-sociales presentes en el ordenamiento jurídico. El juez, por medio de la aplicación del principio de buena fe y en concordancia con los principios generales del derecho, atribuirá al contrato el significado que mejor se enmarque al principio de igualdad para las partes, evaluando sus intereses y recíprocas posturas.

Los contratos deben ejecutarse, como es bien sabido, de manera que las partes cumplan no sólo aquello a lo que expresamente se han comprometido sino a todas las cosas que procedan precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley corresponden a él. En este caso la buena fe entendida como conducta de fidelidad, se ubica en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, alcanza la función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se encuentra fundamentada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta la relación negocial²³⁰. Bajo esa concepción la buena fe exige un comportamiento recto y honesto; es una fuente de especiales deberes de conducta reivindicables en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con el objetivo buscado por las partes a través de ella.

²²⁹ Cdo. 16 Directiva 93/13.

²³⁰ J.L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 56.

El principio de la buena fe objetiva (o también conocido como la buena fe en sentido objetivo), apreciada como un límite, nos obliga a establecer la diferencia entre el contenido del acto y los efectos del mismo. Una cosa es el contenido del negocio, o lo que es lo mismo, el “intento práctico” de las partes manifestado en virtud de la autonomía privada, y otra muy distinta, son sus consecuencias o efectos, los cuales son exclusivamente determinados por el ordenamiento jurídico, sin que a las partes les sea permitido establecerlos o fijarlos²³¹.

En otras palabras, la máxima de la buena fe implica y tiene el valor de norma jurídica de carácter dispositivo. Ésta no se limita a los actos singulares del contratante, sino que comprende la totalidad de comportamiento considerado en su intrínseca coherencia y en la intención de cooperación, es decir, lo que es debido de una parte y de otra.

Algunos tribunales europeos, y especialmente en Alemania, sustentaron en una primera época que las cláusulas abusivas eran contrarios a las buenas costumbres. Con posterioridad se corrigió la línea jurisprudencial y se argumentó que las cláusulas abusivas vulneraban la buena fe objetiva. Actualmente, el criterio recurrente consiste en que una cláusula es abusiva, y por lo tanto nula, cuando viola el Derecho positivo en el cual previamente se han enumerado cláusulas que se consideran abusivas, y fundado en el principio de buena fe objetiva.

La Sentencia de 23 de noviembre de 2005 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo²³²), estimó el recurso de casación interpuesto por un banco matriz de una aseguradora de vida y desestimó la demanda interpuesta por la viuda y los hijos de un asegurado fallecido por una crisis cardíaca al apreciar falta de buena fe e incumplimiento del art.10 de la LCS en su conducta valorada en un supuesto de hecho que, en síntesis, puede resumirse del siguiente modo: el 21 de enero de 1983, el asegurado sufre una angina de pecho; el 22 de octubre de 1992 se adhiere a un seguro colectivo de vida en el que actúa como entidad tomadora un banco y como

²³¹ H.F. LÓPEZ BLANCO, *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 1993, p. 57.

²³² RJ 2005/7643, Ponente Sr. Ruiz de la Cuesta; La Ley de 10 de enero de 2006, pp. 7 a 9

aseguradora, una compañía filial autorizada para operar en el ramo de vida²³³. En ese momento, cumplimenta el cuestionario de salud omitiendo la angina de pecho sufrida nueve años antes. Finalmente, el 8 de diciembre de 1994, el asegurado sufre una segunda crisis cardiaca a consecuencia de la cual fallece. La Sentencia de Primera Instancia estima la demanda al denegar la existencia de dolo en el contratante asegurado por haber sido inducido a error por el agente de seguros al rellenar el cuestionario. Dicha Sentencia es confirmada por la de la Audiencia Provincial. Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de casación al no considerar probada la culpa del director de la oficina de la entidad bancaria que actuó como agente y al considerar que

“... en el cuestionario del que se habla debió hacerse figurar la referida crisis (cardiaca) pues se le pregunta al asegurado directamente sobre ella y es aún más exigible si en la póliza se duplica el capital asegurado a pagar sino sufre el asegurado una enfermedad de éstas en determinado periodo desde su suscripción” (FD 4º).

Asimismo, cabe destacar la Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Barcelona de 1 de febrero de 2006 confirma la Sentencia de instancia que desestimó la demanda de un asegurado fallecido por neumonía que, al rellenar el cuestionario de salud, el 6 de noviembre de 2002, respondió negativamente a las preguntas sobre drogodependencias o pruebas de SIDA

²³³ Los seguros de vida colectivos o de grupo tienen una gran importancia en dos ámbitos principales: en primer lugar, porque se han utilizado como mecanismos de comercialización de determinados tipos seguros de vida (para amortización de préstamos hipotecarios, para garantizar capitales o rentas de jubilación a largo plazo, etc.) entre los clientes de las entidades de crédito que actúan como tomadoras de pólizas a las que se van adhiriendo sucesivamente los clientes que así lo deseen. En segundo lugar, porque los seguros colectivos se deberán utilizar como mecanismos de instrumentación y exteriorización de los compromisos empresariales por pensiones, *Vid.* A.J. TAPIA HERMIDA, *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, 2ª ed., Barcelona 2003, pp. 215 ss. y R. LA CASA GARCÍA, “El seguro de vida: de la unidad de disciplina a la proliferación de regímenes especiales”, *Derecho de los Negocios*, nº 86, marzo 2006, pp.5 ss. sobre “los seguros que instrumentan compromisos por pensiones”.

cuando en el Informe médico de ingreso hospitalario de 26 de abril de 2002 consta que era dicto a la heroína y cocaína desde hacía 15 años y que se le había diagnosticado el VIH hacía 10 años. En una dirección similar la STS 1ª 15 de diciembre de 2005, estimó un recurso de casación al no apreciar la existencia de dolo en la conducta de un asegurado que, habiendo acudido a una exploración hepática el 30 junio 1986, con un resultado de “probable cirrosis”; contesta “no” a la pregunta de si “¿Tiene alguna alteración física o funcional?” del cuestionario de salud que cumplimentó el 3 de diciembre de 1987; y fallece el 31 de agosto de 1997, por enfermedad de etiología hepática. En estas circunstancias, el TS no aprecia dolo teniendo en cuenta que, antes del momento de cumplimentación del cuestionario, habían transcurrido más de 10 meses del diagnóstico de la cirrosis “probable” (lo que resulta relevante para apreciar falta de voluntad de ocultamiento) y que, desde la conclusión del seguro transcurrieron 5 años para el primer ingreso hospitalario y 10 para el óbito (circunstancia que rompería la causalidad temporal, que no etiológica)²³⁴. Por último, resulta obligada la referencia a la STS 1ª de 23 noviembre 2005 anteriormente citada cuando establece en su J.J. 5º que

“... en médico exhaustivo previo del asegurado, pues este tipo de seguros de vida, de pequeño capital, ofrecido a grupos de clientes bancarios, por su pertenencia al círculo crediticio que los facilita se basa en la confianza y debe ser el asegurado fiel a su realidad sanitaria, sin tratar de conseguir un seguro a ultranza, conociendo, no obstante sus padecimientos que, si los declara, no alcanzaría la cobertura patrimonial que se le ofrece tan fácilmente”.

B) Regla de la prevalencia

Una de las primeras reglas de interpretación que ha hecho fortuna en esta sede es la regla de la prevalencia. Según esta regla, cuando exista divergencia entre el contenido de una condición general y el de una

²³⁴ JUR 2006/19881, Ponente Sr. Auger Liñán; La Ley de 17 de febrero de 2006, pp. 5 y 6)

condición particular habrá de atenerse a las disposiciones de esta última. Cuando está en conflicto la aplicación de disposiciones que dentro de un mismo contrato resultan contrarias o se excluyen mutuamente, ni la doctrina ni las normas positivas cuestionan este criterio hermenéutico según el cual debe optarse por la aplicación de la cláusula o condición a la que se atribuya el carácter de particular, sobre la que sea considerada como general.

Sin mayor dificultad se deduce que el asunto pasa a tener que determinar cuándo una condición puede ser entendida como particular; me parece que el criterio negativo es el más útil, es decir será condición particular, la que se inserte dentro de un contrato de forma específica para ese tipo de contrato, frente a la condición general que es incluida en un contrato de manera indiscriminada en el sentido que también puede aplicarse a una pluralidad de futuros contratos, adquiriendo sentido en todos ellos, mientras que la condición particular sólo cobra sentido en ese tipo de contrato.

Esta regla se basa en la idea de que las condiciones particulares expresan mejor que las condiciones generales la voluntad común de las partes contratantes. Es acertado presumir, pues, que las partes de un contrato otorgan mayor importancia a las cláusulas previstas específicamente para ese contrato que a las predispuestas por el empresario para una pluralidad de contratos²³⁵. Para la implementación de esta regla se hace necesario que existan de dos elementos: que conste una discordancia entre una condición general y una particular, y que ambas cláusulas posean eficacia jurídica. En cuanto al primer elemento, debemos decir que no es imprescindible que exista una contradicción directa y abierta, sino que es suficiente con que la condición general lleve a una modificación de los derechos y obligaciones establecidos en el acuerdo individual. Respecto al segundo elemento, digamos que exige que ambas cláusulas en conflicto

²³⁵ En este sentido, el Tribunal Supremo español señaló que “las condiciones particulares, en cuanto singular y particularmente concertadas para un contrato determinado, son las que real y verdaderamente revelan la deliberada y manifiesta intención de las partes contratantes, derogando o anulando lo consignado en las condiciones generales” (STS 18 enero 1989, RJ, 1989).

sean eficaces, toda vez que, como es natural, si una de ellas no lo es, el conflicto desaparece. Aunque a simple vista lo parezca, esta situación no es sencilla, porque no es lo mismo que se declare ineficaz una condición general que una condición particular. En caso de que la ineficacia afecte a la condición general no tiene sentido la pretensión de aplicar la regla de la prevalencia; mientras que si la ineficacia afecta a la condición particular, la respuesta es distinta sin lugar a dudas.

Esta regla al ser aplicada produce a su vez dos consecuencias: por un lado, la no aplicación de la condición general contradictoria y, por otro, la aplicación de la condición particular. En este último caso, la aplicación solamente se puede producir si esta cláusula es eficaz; pero esto no implica que ante una cláusula ineficaz deba forzosamente aplicarse la condición general; aquí deberá aplicarse el derecho dispositivo. Ahora, si las partes no acuerdan nada en particular, se puede suponer, razonablemente, que se ha querido la regulación señalada en las condiciones generales. A pesar de ello, cuando las partes han acordado algo distinto a las condiciones generales, y aun cuando dicho acuerdo resulte ineficaz, puede tener trascendencia a los efectos de manifestar la voluntad de las partes de no querer la regulación prevista en el clausulado general, de forma tal que ante la ineficacia de la regulación particular estaríamos ante un vacío contractual que ha de ser cubierto, como hemos explicado, con lo dispuesto por el derecho dispositivo. En la doctrina existe discusión con respecto a la naturaleza de la regla de la prevalencia; es decir, si es una regla de interpretación o, por el contrario, es una regla de inclusión. La mayor parte, sin embargo, se decanta por estudiarla como una regla interpretativa²³⁶ y esta situación se refleja en la legislación comparada²³⁷.

²³⁶ Cf. M. GARCÍA AMIGO, “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, *RDP*, 1978, p. 388.

²³⁷ Así, por ejemplo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación española la contempla como una norma de interpretación (art. 6.1º); el *Codice civile* italiano, en cambio, la incluye entre las normas sobre formación del contrato (art. 1342); la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (AGBG) alemana la coloca entre las normas dedicadas a las cláusulas sorprendentes y a la interpretación de

En resumen, la solución ofrecida por esta regla es acertada, toda vez que la condición particular es la manifestación de la voluntad común de las partes contratantes; por tanto, cualquier condición general que se le oponga debe ser sustituida por ella. Aunque la condición general haya superado, favorablemente, los requisitos de inclusión en el contrato y el adherente efectivamente haya llegado a conocerla, con mayor razón habrá de pensarse que ha quedado sin efecto a causa de la cláusula particular; una conducta en sentido contrario del predisponente sería considerada contraria a la buena fe y tendría un efecto sorpresa para la otra parte contratante.

C) Regla de la cláusula más importante

A diferencia de las reglas antes indicadas, que tienen elaboración legislativa, la regla de la cláusula más importante es de formulación doctrinal y jurisprudencial²³⁸. En atención a esta regla, frente a la divergencia de dos cláusulas generales, el asunto debe solucionarse a favor de aquella que tenga mayor importancia de acuerdo con la economía del contrato. En el evento de que no fuera posible decidir de acuerdo a este criterio, habrá que recurrir a la regla *contra proferentem* y elegir la más beneficiosa para la parte adherente, entendiendo que la contradicción causa una duda en la interpretación que no ha podido ser resuelta acudiendo a criterios subjetivos de interpretación. La regla de la cláusula más importante procura entonces, resolver las controversias que puedan ocasionarse por el conflicto entre dos cláusulas generales. Para resolver este problema se han propuesto dos soluciones: Una, que reside en escoger entre las dos cláusulas generales en conflicto, la que sea más particular, sobre la idea de que la regla de la prevalencia vendría siendo una manifestación de un principio más general según el cual «una regulación relativamente especial prevalece sobre la otra relativamente más general»; y otra, que consiste en no considerar la extensión analógica de la regla de la

las cláusulas dudosas (art. 4); y el Decreto Ley portugués del 31 de agosto de 1995 la ubica dentro del capítulo que establece las reglas de inclusión.

²³⁸ Cf. M. COCA PAYERAS, “Comentario al Art. 10.2º”, en Bercovitz – Salas (dirs.), *Comentario a la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, p. 328.

prevalencia y examinar la voluntad de las partes, haciendo prevalecer, cuando sea posible determinarlo, la cláusula general que objetivamente tuviera mayor importancia.

D) Regla *in dubio pro asegurado*

El asegurador debe, en contrapartida a la buena fe que es exigida al asegurado, evitar las dudas interpretativas. Sin embargo, en los supuestos de duda en materia de interpretación de las pólizas de seguros la doctrina del Tribunal Supremo se ha manifestado reiteradamente en el sentido de que ha de atenderse a la interpretación más favorable para el asegurado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.284 y 1.288 Cc, que estipulan respectivamente que “si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto” (efecto que en el caso de los contratos de seguro no es otro que el aseguramiento) y que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Como pusiera de relieve la SAP Las Palmas 5ª 24 de noviembre de 2003, “El artículo 1.288 Cc establece la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, GDCU, y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, CGC”²³⁹.

²³⁹ AC 2003\1899. *Vid.*, asimismo, SSTs de 12 de mayo de 1983 (Ar. 2685), de 5 de diciembre de 1983 (Ar. 6171), de 12 de diciembre de 1988 (Ar. 9429), 8 de marzo de 1990 (RJ 1990\1679) y 20 de marzo de 1991 (RJ 1991\2267).

Así, por ejemplo, serán válidas en aplicación del principio *in dubio pro asegurado* las cláusulas que amplíen, en beneficio del asegurado, los plazos determinados por la Ley, como el del art. 22, párrafo segundo de la LCS, relativo al plazo de notificación anticipada de la oposición a la prórroga del contrato.

Esta regla interpretativa, que es uno de los pilares de todo el sistema de interpretación posee, no obstante su valor, un carácter subsidiario; es decir que ha de acudir a su utilización cuando del uso de los otros mecanismos o instrumentos interpretativos de uso general no se alcance un sentido procedente o conforme a la naturaleza del concreto contrato que se interpreta. Por lo tanto la aplicación de este principio quedará frenada o descartada, cuando el manejo de los medios de interpretación ha permitido alcanzar un sentido claro y lógico de la condición general; a cuyo sentido ha de estarse al margen de que el resultado obtenido sea más favorable a una de las partes del contrato. Únicamente cuando no se ha alcanzado un sentido de acuerdo al fin perseguido se hará uso de este criterio con el que se intenta hacer efectivo el contrato celebrado.

Íntimamente vinculado a este principio, el art. 3 LCS exige que las condiciones generales no puedan tener carácter lesivo, vocablo que se adelantó a la disciplina de las cláusulas abusivas contenida originariamente en el art. 10 de la LGDCU de 1984 y arts. 82 a 91 del RDLey 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras Leyes complementarias, cuando se produzca una evidente desproporción, no justificada, entre las prestaciones de ambas partes, por ejemplo, el establecimiento de una caducidad de origen contractual en beneficio exclusivo del asegurador no justificable técnicamente. La LCS contemplaba la disciplina de las condiciones generales estableciendo un régimen especial de eficacia de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado, que no sean transcripción de preceptos legales. Para la eficacia se exige destacar las cláusulas limitativas; en la práctica se fijan en tipo de letra diferente o en tamaño más grande y deben ser aceptadas especialmente por escrito por el tomador de la póliza, lo que en la práctica suele corresponder al requisito de la doble firma.

Igualmente, tras exigir claridad y precisión en la redacción, considerado otro adelanto a la normativa en materia de protección de los consumidores usuarios, lo que implica en caso de incumplimiento la aplicación de la regla del art 1.288 Cc, otorga un importante valor a la jurisprudencia del Tribunal Supremo otorgando a la sentencia declarativa de nulidad de una cláusula contractual de una eficacia *ultra partes*, de manera que si en un concreto litigio el Tribunal Supremo establece la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

Esta norma lamentablemente no ha sido utilizada todavía, aunque parece un instrumento complementario de control de las condiciones generales a fin de comprobar si la vigilancia de la Administración pública ha sido efectiva. La STS de 26 mayo de 1989 señala una cláusula como nula, pero no la declara al no ser objeto del litigio. En todo caso, la interpretación del contrato de seguro debe venir regida en primer término por el principio de la buena fe, como ha reconocido repetidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que ha llevado a establecer el principio *in dubio pro asegurado* (SSTS de 18 julio de 1988, de 21 noviembre de 2008, entre muchas otras), con independencia de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales teniendo como referencia el carácter del seguro como contrato de adhesión (STS de 22 de febrero 1989), aplicando el art. 1.288 Cc (STS de 31 de enero 1990).

El Tribunal Supremo, por otra parte, ha intentado seguir a la doctrina, con resultados diversos, en la distinción entre cláusulas limitativas y delimitadoras del riesgo (SSTS 17 marzo 1995, de 5 junio de 1997; de 3 noviembre de 1997 y de 29 octubre de 2003, entre otras) ya que las cláusulas limitativas son todas aquellas que restringen los derechos del asegurado, mientras que las de delimitación del riesgo tienen una influencia en el precio del seguro, aunque en este caso el asegurado podría haber modificado la delimitación del riesgo, obteniendo una cobertura más amplia del asegurador con el pago de una prima suplementaria.

En septiembre de 2011 la Sala Primera del Tribunal Supremo resolvió un recurso de casación que fue interpuesto por un asegurado contra su

compañía, reclamando el importe por un infarto de miocardio que derivó en la incapacidad permanente total del paciente. La demanda fue estimada en primera instancia, siendo revocada en apelación. La diferencia entre ambas instancias estribaba en la cuantificación de la indemnización, pues mientras que la sentencia de primera instancia otorgó la cantidad máxima fijada en las condiciones particulares para la incapacidad permanente absoluta, la sentencia de la Audiencia Provincial excluyó esta equiparación cuantitativa para incluirla dentro de las incapacidades parciales con una cuantificación baremada. La sentencia de la Sala Primera, de la que fue ponente el magistrado Xiol Ríos, estimó el recurso de casación interpuesto por el asegurado en aplicación de la regla interpretativa de las cláusulas contractuales conocida como *contra proferentem* (contra el proponente), que recoge el art. 1.288 Cc como sanción por la falta de claridad del contrato, para proteger al contratante más débil. Esta regla de interpretación solo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues, ante esa falta de claridad y de transparencia, con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión. Así, se ordenó que el asegurado fuera indemnizado con la cantidad máxima, que en dicho caso eran 175.044,38 euros.

En el caso concreto, se ha considerado que la interpretación *contra proferentem* más adecuada es la de entender que la incapacidad permanente total, dadas las circunstancias del contrato, que aseguraba a un trabajador de una profesión determinada contra la incapacidad permanente absoluta y parcial, ante la falta específica de previsión, equivale a una incapacidad permanente absoluta y como tal ha de ser cuantificada. La invalidez permanente total inhabilita al asegurado para el ejercicio de su profesión, lo que se puede producir tanto por una lesión grave como por una menos grave pero decisiva para el desempeño de la actividad laboral, por lo que la interpretación de la Audiencia Provincial contrariaba la regla del art 1.288 Cc, que barema conforme a la incapacidad permanente parcial no estando regulada la baremación de la incapacidad permanente total.

E) Regla de la condición más beneficiosa (excepción a la regla de la prevalencia)

De acuerdo a esta regla, que para algunos refleja una cierta limitación a la regla de la prevalencia, cuando una condición general sea más beneficiosa para la parte adherente que la condición particular, será aquella la que se prevalecerá. Esta regla tiene su paralelo en el art. 8.2º LGDCU, que señala: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecen sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”²⁴⁰. En el ya indicado art. 10.2º LGDCU, se añade en conjunto con el criterio de la preferencia de la condición particular sobre la general, el criterio de interpretación fundamentado en la opción de la condición que sea más favorable o beneficiosa para el adherente del contrato. La coincidencia de estos dos principios o reglas interpretativas plantea la dificultad de su aplicación, ya que no siempre será viable la aplicación de ambos, por el contrario, es usual la obstrucción entre ambos, lo que obliga a optar por uno o por otro. El artículo mencionado aparentemente se inclina por la aplicación preferente de la condición más beneficiosa, de modo que ésta se aplicará siempre al margen del tipo de cláusula donde este establecida, siendo por ello intrascendente que esté ubicada en una condición de carácter general o en una considerada como particular.

En caso de discrepancia entre una cláusula general y una particular, se aplicará la que venga a ser más beneficiosa para la adherente; ahora bien, cuando no se puede establecer cuál es la más beneficiosa, se impondrá la cláusula particular sobre la general. A primera vista, puede parecer que esta regla contradice la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, ya que admite que el acuerdo que representa la cláusula particular pueda verse desplazado por una cláusula general, que tal vez ni siquiera ha sido considerada al contratar de manera tan específica como

²⁴⁰ Cf. J.L. PÉREZ-SERRABONA, *El contrato de seguro. Interpretación de las cláusulas generales*, Granada, 1993, p. 224.

aquella, con lo que se afecta la autonomía de la voluntad; a pesar de ello, cabe estar de acuerdo en que esta regla introduce una eficaz medida de protección al adherente contra prácticas de mala fe del oferente, que pueden llegar al fraude de la ley.

Esta regla reconoce la validez de determinadas cláusulas contrarias a las normas imperativas de la LCS siempre que resulten más beneficiosas para el asegurado. El problema de fondo radica en que el art. 2 LCS no ofrece pautas de interpretación, de ningún tipo, para descifrar qué se entiende por “más beneficiosas”²⁴¹.

Este precepto tiene similar configuración al establecido en los arts. 10.2 LGDCU y 6.2 LCGC, que respectivamente disponen que “en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor” y que “se resolverán en favor del adherente”, todos los cuales coinciden en que no detallan qué debe entenderse por “más favorable”, aunque la sana crítica del juzgador debería ser suficiente para determinar la concurrencia de tales circunstancias, de manera casuística, a favor del asegurado, llenando el vacío en caso de ser necesario, como ya se ha mencionado, con la aplicación de los principios generales de hermenéutica contractual establecidos en los arts. 1281 a 1289 Cc, cuando se trate de seguros concertados por asegurados consumidores.

²⁴¹ La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1988 (Ponente: Sr. Carretero Pérez; *La Ley*, 1988-3, 721), afirmó, en este sentido, que “la Disposición Final de la Ley de Contrato de Seguro derogó el Art. 385 del Código de Comercio y estableció, en su Art. 2, una nueva norma sobre el régimen del contrato de seguro, que hace prevalecer lo dispuesto en la Ley sobre lo pactado, a menos que lo pactado sea más beneficioso para el asegurado, lo que, en aplicación del Art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, obliga a redactar de forma clara y precisa las condiciones generales y particulares, destacando, de forma especial, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, de tal manera que si lo redactado resultare más favorable al asegurado que lo dispuesto en la Ley, habrá de prevalecer la cláusula pactada”.

Capítulo IV

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS

I. Delimitación del riesgo en los seguros de responsabilidad civil: el caso de las cláusulas *claims made*

1. La responsabilidad civil como objeto de aseguramiento

A) Noción de riesgo

El riesgo y el enfrentamiento o lucha contra éste forman parte de la vida de ser humano. Toda actividad humana implica algún tipo de riesgo y, por esta razón, con el ser humano nacen y se desarrollan las necesidades de prevención y seguridad. El diccionario de la Real Academia recoge dos definiciones: “contingencia o proximidad de un daño” y “cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro”²⁴². En la terminología aseguradora se emplea también este concepto con dos acepciones: objeto asegurado y posibilidad de que, por azar, se produzca un acontecimiento que origine una necesidad económica o patrimonial. Su posible aparición real se previene y garantiza en una póliza porque, como afirma MAYERSON, “...la principal finalidad del seguro es transformar incertidumbre en certidumbre proporcionando sensación de seguridad al

²⁴² *Diccionario de la Lengua Española*, 1992, Ed. XXI, Madrid.

asegurado. Las empresas de seguros asumen riesgos que agrupados convierten una gran pérdida potencial en otra pequeña y cierta”²⁴³.

El seguro está íntimamente ligado al riesgo y, apoyándose en la incertidumbre a que dan lugar determinados sucesos, se cuantifican en términos de probabilidad para transformarlos en seguridad. Se entiende por riesgo no sólo al objeto asegurado, sino también, a la posibilidad de producirse, por azar, un acontecimiento que origine una necesidad económica o patrimonial. Cada persona puede adoptar distintas conductas en el momento de enfrentarse al riesgo (aversión, indiferencia o preferencia por el mismo) que se traducen en distintas actitudes: autoasumiéndolo, mediante prevención y previsión, distinguiéndose en esta última el ahorro, el autoseguro y el seguro (como mecanismo para reducir la incertidumbre del asegurado a través del pago de la prima). Este último constituye la forma más perfecta y técnicamente eficaz para cubrir riesgos.

La exclusión de cobertura significa un supuesto de limitación del riesgo. La causal de limitación de cobertura debe ser entendida como un riesgo no cubierto por el asegurador y por lo tanto que no ha percibido

²⁴³ A.J. MAYERSON, *Ensuring the Solvency of Property and Liability Insurance Companies, Insurance Government and Social Policy*, Nueva York, Ed. Huebner Foundation for Insurance Education, New York, 1969, pp. 146–190. También, según FARNY (1990), como el “cambio de reservas constituidas con las primas pagadas y el capital societario, contra el proceso probabilístico determinado por la indemnización de los daños cubiertos que realmente se produzcan”. El concepto de riesgo matemáticamente se fundamenta en el cálculo de probabilidades y lleva implícita la idea de cobertura por parte del asegurador. Desde el punto de vista empresarial, se califica y evalúa como una situación similar a la que denominamos riesgo empresarial o incertidumbre ante la obtención de un resultado que puede representar ganancias o pérdidas. Definiendo el riesgo como incertidumbre ante la ocurrencia de un hecho en un período y condiciones determinadas y con pérdidas económicas, estamos basándonos en la idea de amenaza y peligro de daño o pérdida, traducible en unidades económicas, aunque tome diversas formas (daños físicos, accidentes, incendios, robos, pérdidas etc.). (Cf. D. FARNY, 1990, *Insurance Handbook of German Business Management*, Stuttgart, Ed. Irwin Grochla, Stuttgart, 1990).

prima sobre éste. Por ello habrá riesgo excluido o evento no cubierto todas las veces que el siniestro acontezca en circunstancias que el contrato las prevea como no aptas para hacer funcionar la cobertura del seguro. Esto es así dado que la cláusula limitativa o exonerativa de responsabilidad tiene como fin la eliminación o exoneración, total o parcial, de la obligación de reparar y, consecuentemente, el derecho del damnificado a exigir el resarcimiento. Las cláusulas de exclusión de cobertura forman parte de la individualización del riesgo, motivo por lo cual, de constar en la póliza, producen como efecto inmediato que, ocurrido el siniestro, dentro de las circunstancias que en forma expresa, taxativa y clara contempla la limitación del riesgo, no existe obligación indemnizatoria alguna por ausencia de cobertura. Claro está que la conducta del asegurado, dentro de la descrita como causal de exclusión, debe haber constado como nexo de causal suficiente entre el hecho y el resultado dañoso, pues de lo contrario la causal de exclusión no tendría efectividad.

Éste ha sido uno de los factores fundamentales de la armonización de la regulación de todo tipo de contratos de seguro desde los primeros pasos en la Unión Europea, como en su momento ya lo demostraba la Propuesta modificada de Directiva del Consejo para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que regulan el contrato de seguro, que fue presentada por la Comisión al Consejo el 30 de diciembre de 1980, y que señalaba en su art.3º, lo siguiente:

“1. El tomador del seguro debe declarar al asegurador, en el momento de la conclusión del contrato, todas las circunstancias que deberían razonablemente ser conocidas por él, y de las que se debería esperar que tuvieran una influencia sobre la apreciación y la aceptación del riesgo por el asegurador prudente. El tomador no está obligado a declarar al asegurador las circunstancias que éste ya conocía en virtud del hecho de la cobertura del riesgo. Cuando el tomador es una sociedad, las circunstancias que deberían ser razonablemente conocidas por él, significan las circunstancias que habrían razonablemente de ser conocidas por el agente competente de la sociedad. Cualquier circunstancia sobre la cual el asegurador ha

planteado por escrito preguntas precisas, se presume, salvo prueba en contrario, que tiene una influencia sobre la apreciación y la aceptación del riesgo”.

B) Extensión de la cobertura

Necesariamente el riesgo debe que existir en el momento de la conclusión o celebración del contrato, ya que en caso contrario sería nulo, salvo en los casos contemplados por la ley (*cf.* art. 784 Ccom con relación al riesgo putativo en el seguro marítimo). La delimitación del riesgo asumido por el contrato es tarea principal. Por lo general es concretada a través de la determinación del objeto del seguro y de los riesgos excluidos, que deben ser objeto de interpretación restrictiva. El estado de riesgo corresponde a la esfera jurídica del asegurado, de manera que es al tomador a quien incumbe la declaración precontractual del riesgo a asumir por el contrato informando al asegurador las alteraciones del riesgo.

Existen dos modalidades de cobertura en los seguros de responsabilidad civil; por un lado los seguros en base de ocurrencia, en los que la cobertura incluye los siniestros producidos por un hecho generador ocurrido dentro del plazo de la vigencia de la póliza. Por ejemplo, si un médico contrata una póliza por el plazo de un año, la compañía de seguros deberá responder aún en el caso de que el reclamo se realice cinco años después de la intervención médica, y sin importar que el asegurado ya no se encuentre relacionado con esa compañía. Por su parte, los seguros en base de reclamo, o también conocidas como cláusulas *claims made*, cuyo origen es el Derecho anglosajón, en las que no es suficiente que el hecho generador se produzca dentro de la vigencia de la póliza sino que además el reclamo deberá presentarse en este mismo período (o en algunos casos hasta un año después de finalizada la relación contractual).

Uno de los motivos de inclusión de estas cláusulas es el de evitar la inseguridad de las compañías de seguro frente a los denominados siniestros tardíos, pues, de no utilizar estas cláusulas tendrían que responder por siniestros sucedidos largo tiempo atrás pero en los que el daño todavía no se ha manifestado. Para que las compañías de seguro puedan responder frente a eventos dañosos acaecidos largo tiempo atrás pero todavía no

manifestados deberían adoptar mayores previsiones, con el necesario aumento del precio de las primas, lo que causaría la lógica disminución del número de asegurados con la consiguiente desprotección para las víctimas. En este orden de ideas, el surgimiento de esta modalidad de contratación no es fortuita ni arbitraria, sino que se fundamenta en circunstancias objetivamente comprobables.

La obligación del asegurador de indemnizar existe dentro de los límites pactados (art. 1 LCS). Este concepto se destaca igualmente con la indicación, contenida en la disciplina de distintas modalidades de seguro, de que el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato (así, arts. 45, 50, 54, 63, 73, 76.a) LCS). Así pues, son dos los elementos que delimitan el contenido de la obligación asumida por el asegurador: Por una parte, la propia descripción legal del riesgo y, por otra, la disciplina convencional que se establezca sobre el particular.

Si prestamos atención al el segundo de estos elementos, es conveniente poner señalar que la aludida definición convencional a la que se refiere el propio régimen legal posee distinta repercusión dependiendo de la modalidad de seguro de que se trate. Efectivamente, en la regulación positiva de algunos tipos de seguro –por ejemplo, el de incendio (art. 45 LCS) o el de robo (art. 50 LCS)– se señala una precisa delimitación del riesgo objeto de cobertura, de por sí suficiente para la apropiada identificación de dicho elemento del contrato. En relación con la materia examinada el régimen convencional se ordena, por lo general, el establecimiento de determinadas exclusiones de la cobertura exceptuadas por el seguro, con el aval del margen concedido a la autonomía de la voluntad en la descripción del riesgo. A través de esta vía se evita el nacimiento de la obligación de indemnizar por parte del asegurador en las circunstancias expresamente exceptuadas, la cual habría surgido de no ser así como resultado de la propia definición legal del riesgo.

Se advierte una situación distinta, por el contrario, en el campo del seguro de responsabilidad civil, toda vez que la mencionada modalidad de seguro cubre del riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho contemplado en el contrato de cuyas consecuencias sea

civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho (art. 73, párr.1º, LCS). Según se aprecia, la definición legal del riesgo encierra propiamente un reenvío a la disciplina convencional, la cual posee un carácter fundamental por cuanto que se le confía la delimitación del ámbito de cobertura del aseguramiento²⁴⁴. En otras palabras, la regulación que sobre el particular se pautó en el propio contrato es de carácter esencial en cuanto a la determinación del contenido de la obligación del asegurador.

Aunque existen diferenciaciones dependiendo el tipo de póliza, todos los seguros de responsabilidad civil profesional de médicos cubren por lo menos las indemnizaciones que se deban pagar a pacientes a consecuencia de daños y perjuicios producidos en el ejercicio de la profesión. Igualmente todos cubren los gastos de defensa jurídica. Algunos seguros ofrecen la posibilidad para elegir libremente esta defensa jurídica y otros la cubren obligadamente con los servicios jurídicos de la propia aseguradora. Algunas pólizas del mismo modo ofrecen un seguro asociado para casos de inhabilitación profesional, aunque este tipo de prestación actualmente es discutido en la ya que estaría primando una situación que es el resultado directo de una sanción penal a la que se llega por una censurable actuación profesional. El seguro de responsabilidad civil profesional en nunca cubre la devolución de honorarios o sanciones pecuniarias en el ámbito penal o administrativo. Es importante hacer hincapié en que usualmente el seguro no sólo cubrirá los daños y perjuicios derivados de hechos propios, sino también los de aquellas personas de los que se tenga obligación de responder. Dentro de estos últimos se incluiría el personal auxiliar a las órdenes del asegurado pero no otros profesionales titulados. Habitualmente los seguros de responsabilidad civil profesional también suelen incluir la responsabilidad civil de explotación y patronal del asegurado. Básicamente explicada, la responsabilidad civil de explotación cubre los daños a terceros causados por las instalaciones y la responsabilidad civil patronal cubre los daños personales sufridos por el personal contratado debidos al desempeño de su oficio.

²⁴⁴ F. SANCHEZ CALERO (dir.), *Ley de Contrato de Seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp.1138–1139.

A pesar de que nada prohíbe el aseguramiento general de la obligación de indemnizar que pueda recaer sobre el asegurado, cualquiera que sean las características del hecho generador de la responsabilidad civil²⁴⁵, este hecho reñiría directamente con las exigencias de la organización técnica de la actividad aseguradora. Sería igualmente en última instancia el propio régimen convencional el que produciría semejante resultado, ya sea como consecuencia de una expresa configuración del riesgo en los referidos términos generales, o por la falta de pacto alguno sobre el asunto.

La función del aseguramiento de la responsabilidad frente a riesgos profesionales no está relacionada, en principio, al cumplimiento de objetivos en materia preventiva. Si partimos de la premisa de que el ámbito de la responsabilidad empresarial sobre el que se proyecta el sistema de aseguramiento es el indemnizatorio, por lo que su propósito prioritario no puede ser otro que el de asegurar el correspondiente resarcimiento de los daños causados. A ello hay que agregar, por otra parte, que todo aseguramiento lleva incorporada la idea de un desplazamiento de los efectos de la responsabilidad desde el causante directo del daño hacia el asegurador que, en esencia, supone una liberación de responsabilidad de aquél en la medida en que no asume directamente las consecuencias de su actuación. Desde este punto de vista, podría también pensarse que el aseguramiento de la responsabilidad empresarial sería contraproducente desde una perspectiva preventiva. No obstante lo anterior, hay que tener presente que, siendo evidente que los accidentes laborales se producen a pesar de la existencia de normas punitivas especialmente dirigidas a repercutir en las conductas de los obligados en materia preventiva, al menos, habría que garantizar que los daños producidos encontraran una reparación satisfactoria. Esta es la concepción que, precisamente, ha estado presente en el surgimiento y consolidación del sistema de aseguramiento frente a riesgos profesionales, hasta el punto que, en la actualidad, incluso se permite completamente el aseguramiento de la responsabilidad culposa. En suma, aseguramiento y prevención constituyen dos esferas que es necesario analizar de separadamente y sin vinculaciones directas de

²⁴⁵ M. CARMONA, “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *RES*, n°89, 1997, p.71.

carácter funcional entre una y otra. O lo que es lo mismo, hay que partir de la premisa de que las técnicas aseguradoras no son métodos preventivos, sino reparadores y su principal finalidad es la de garantizar que los daños que se han producido tengan un apropiado resarcimiento en cumplimiento de los términos previstos en cada caso.

Teniendo en cuenta que el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de la obligación de indemnizar derivada de la producción de un hecho previsto en el contrato, será necesaria la definición contractual del mencionado evento a fin de especificar el contenido de la obligación asumida por el asegurador. En este sentido habrá de procederse, en primer lugar, a la descripción del hecho que origina la mencionada obligación indemnizatoria a cargo del asegurador, lo que habitualmente se realiza a través de la referencia al ejercicio de una determinada actividad, oficio, o a la utilización de algún objeto o maquinaria, con una eventual indicación sobre la conducta del asegurado. Además, dicha definición suele ir acompañada de una delimitación adicional de la obligación asumida por el asegurador, en sus aspectos cuantitativos o cualitativos. Por ejemplo, puede establecerse que el seguro sólo cubre cierta clase de daños, como los materiales, lo que implicará la exclusión de los personales, o un límite cuantitativo –por siniestro, por perjudicado o de cualquier otra manera– a la prestación del asegurador. De igual modo cabe el establecimiento de límites temporales –en este caso, con sujeción a las reglas previstas en el párrafo 2º del art. 73 LCS– o espaciales a la cobertura del asegurador. Y es posible, en definitiva, la delimitación personal de grupo de terceros perjudicados mediante la negación de la condición de víctimas, a los efectos del seguro de responsabilidad civil, a determinados sujetos, por lo común, familiares o empleados del propio asegurado.

Cierto sector de la doctrina señala que debe reconocerse que aunque una cláusula fijada en una póliza para delimitar el riesgo asegurado no es, en principio, una cláusula limitativa, no cabe desconocer que, al final, se convierte en una de ellas, ya que una y otra producen el mismo resultado: limitan los derechos de los asegurados como efecto del establecimiento de

exclusiones a la cobertura del asegurador²⁴⁶. En la misma línea argumentativa se ha postulado, frente a una concepción puntual o literal, un entendimiento amplio o abstracto de las cláusulas limitativas, en cuyo caso encontrarían cabida las cláusulas de delimitación del riesgo. Así, descriptivamente se ha puesto de manifiesto que no cabe admitir en la ley el absurdo de exigir mayores garantías para la aceptación de las cláusulas limitativas que para la aceptación de las cláusulas de exclusión. Tal como pusiera énfasis la STS de 15 octubre de 1990: “decir que la exclusión del riesgo no es cláusula limitativa no tiene sentido, pues la cláusula repercute en el derecho del asegurado, en cuanto es excluyente del riesgo. No se trata, por tanto, de una hermenéutica restrictiva, sino de una efectiva exigencia de la ley para constatar el contenido contractual”²⁴⁷. Frente a esta posición se plantea otra totalmente opuesta que mantiene, sobre la base de un planteamiento estrictamente técnico, y de la cual soy partidario, que una cosa es la cláusula limitativa de los derechos del asegurado y otra la que determina el nacimiento de esos derechos, por lo que en consecuencia no puede haber limitación de un derecho cuando ese derecho no ha nacido. En el sentido expuesto se ha mantenido una distinción entre ambos tipos de cláusulas fundamentada en criterios lógicos y cronológicos, de forma tal que las cláusulas delimitadoras del riesgo se consideran pertenecientes a una primera fase de atribución contractual de derechos al asegurado, o, lo que es lo mismo, de asunción de obligaciones correlativas (art. 1.089 Cc) por el asegurador; mientras que las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado se ubican en un segundo momento de limitación de los derechos anteriormente conferidos por ley o por el contrato²⁴⁸. El razonamiento enunciado lleva a la conclusión de que las cláusulas delimitadoras del riesgo no pueden considerarse, por lo tanto, cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, con mayor razón si se estima que las referidas limitaciones han sido tenidas en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el tomador.

²⁴⁶ PÉREZ SERRABONA, *El contrato de seguro. Interpretación de las condiciones generales*, Granada, Comares, 1993, pp.272–274.

²⁴⁷ RJ 8601.

²⁴⁸ A.J. TAPIA HERMIDA, “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil”, *RDM*, n°233, 1999, pp. 984–985.

C) Caracterización del seguro de responsabilidad civil

El caso de las cláusulas *claims made* requiere para su crítica hacer previamente un breve estudio del tipo de contrato de seguro en el cual se enmarcan, siendo éste el seguro de responsabilidad civil²⁴⁹.

En ese mismo orden lógico, el análisis del seguro de responsabilidad civil exige el conocimiento previo de la propia figura de la responsabilidad civil, aunque sea de forma concisa, en vista de que la propia institución jurídica es de por sí objeto de extensos tratados y monografías. La responsabilidad civil, como principio general del ordenamiento jurídico español puede ser definida como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”²⁵⁰.

Desde una perspectiva patrimonial, puede llegar a ser de carácter ilimitado a tenor de lo establecido en el art. 1.911 Cc, cuando establece que el agente causante del daño responderá –del daño causado–: “...con todos sus bienes presentes y futuros hasta la extinción total o parcial de la deuda contraída”.

Desde una perspectiva temporal, también se puede predicar que es de carácter ilimitada, ya que probada la relación de causalidad entre acción u omisión y resultado, a través del nexo causal, existe la obligación de indemnizar con independencia de que el daño se manifieste en el momento o con posterioridad, y sin perjuicio de las reglas que sobre prescripción de acciones se establecen en el Cc, como más adelante detallaré.

Desde la perspectiva del tercero perjudicado, también se puede decir que se da esta característica de falta de limitación, ya que puede tener tal condición cualquier otra persona distinta de aquel a quien le es imputable el daño.

²⁴⁹ Vid. F. REGLERO CAMPOS, “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claims made*)”, *Iniuria*, 1994, pp. 17 ss.

²⁵⁰ L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Tecnos, p. 591.

El problema más importante que se plantea para encuadrar la responsabilidad civil se centra en la determinación de los límites y parámetros sobre los cuales es asumible para la institución aseguradora, es decir, la obligación de reparación en los términos anteriormente definidos; en definitiva, determinar la manera en que la responsabilidad civil puede ser objeto de aseguramiento.

En este sentido, se han presentado dos interpretaciones contrapuestas sustentadas ambas en la LCS. Por un lado, una primera corriente²⁵¹ propugna el carácter ilimitado de la suerte del asegurador, entendiéndose que toda cláusula *claims made* es de naturaleza limitativa y, en consecuencia, conforme al art. 3 LCS, es necesario establecer ciertas garantías en el contrato de seguro para que la separación de la responsabilidad del asegurado y del asegurador sean visibles, ya que, a falta de dicha delimitación, la suerte del asegurador seguiría la del asegurado.

Por el contrario, y basado en el art. 73 de la misma LCS, entiende que la delimitación del riesgo a través de cláusulas recogidas en condiciones generales, especiales y particulares, son el único cauce y causa de la extensión de la responsabilidad civil al asegurador.

El art. 73 LCS define este seguro:

“Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho”.

Es necesario añadir, en la configuración inicial del seguro de responsabilidad civil, que se trata de un seguro de daños y dentro de los mismos de un seguro patrimonial, ya que afecta a dicha esfera del individuo, generando un conjunto de obligaciones de carácter patrimonial.

²⁵¹ En este orden de ideas, la STS de 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4630) destaca que esto implica que para su validez será preciso que se destaquen en la póliza y que tales cláusulas sean aprobadas de forma específica por escrito.

De acuerdo con esta definición, le serían aplicables las disposiciones de esta clase de seguros; en primer lugar, las disposiciones generales contenidas en los arts. 1 a 24 LCS; además, por su característica de seguro de daños, también los artículos contenidos en las disposiciones generales de los seguros de daños, arts. 25 a 44 LCS.

Finalmente, su regulación particular en la LCS aparece en los art. 73 a 76, sin perjuicio de que en muchos sectores específicos la responsabilidad civil se asegura dentro de parámetros legalmente establecidos.

2. *Siniestros tardíos y cláusulas claims made*

A) *Ámbito y alcance de la cláusula*

Desde la perspectiva conceptual, en las cláusulas *claims made*²⁵², el asegurador debe mantener indemne al asegurado, en las condiciones y límites determinados en el correspondiente contrato de seguro, en la medida que le deba a un tercero a consecuencia de un hecho u omisión ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, siempre y cuando la el reclamo del tercero perjudicado se haya interpuesto durante su vigencia o en el llamado “período extendido” expresamente acordado en la póliza. Dicho sistema implica la posibilidad de limitar la cobertura del seguro

²⁵² Acerca del alcance general de este nuevo y singular sistema *vid.*, E. VERDERA Y TUELLS, “La cláusula «claims made» ante la jurisprudencia del Tribunal Superior Español. Una primera revisión”, *Estudios sobre elaseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, Musini, 1994, pp. 77 ss; L.A. MEZA CARVAJAL, “El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, nº 9, pp. 99–130; S. YEPES, “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿validez de las cláusulas *claims made* en el seguro de responsabilidad civil?”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, nº 15, pp. 99–128; F. MANSILLA, “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con la producción del siniestro”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Estudios sobre el aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*, Madrid, Musini, 1994. pp. 213 ss; F. SOTO NIETO, “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, en Diario *La Ley*, nº 7357, Sección Doctrina, 2010; A.B. VEIGA COPO, *Dimensión temporal del contrato de seguro*, Pamplona, Civitas–Thomson, 2010.

solamente a aquellos hechos causantes de responsabilidad civil que den lugar a reclamaciones de los damnificados dentro de un período determinado y aún excepcionalmente corto que puede además coincidir simplemente con el período de vigencia de la póliza, de suerte que estará sujeta a una clara limitación temporal, o si se prefiere, un evidente recorte en el tiempo, en lo que se refiere a la responsabilidad del asegurador.

Se puede aseverar que la cláusula *claims made* establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza de seguros, dado que además de requerirse que el hecho generador o siniestro se produzca durante la vigencia de la póliza, como es obvio, sino que también esta cláusula requiere que la reclamación se haga durante la vigencia de la póliza o en un limitado plazo ulterior, lo que indica una evidente restricción contractual. En consecuencia este sistema de aseguramiento o de introducción negocial de las llamadas cláusulas *claims made* es el resultado de la delimitación temporal de la cobertura o de la protección otorgada por el asegurador y no de la delimitación fortuita del riesgo asegurado; es consecuencia de una cláusula que concierne a la dimensión temporal del seguro. Con las restricciones establecidas por mandato de la ley, el asegurador estará facultado, a su arbitrio, para asumir ya sea todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

Este nuevo esquema se traduce en un método de aseguramiento conforme al cual, *ex ante*, se delimita temporalmente el riesgo asegurado, en la medida en que se determina que la empresa aseguradora, inicialmente, se hará responsable en aquellas situaciones en que la reclamación se presente durante la vigencia del seguro, todo en función de distintas modalidades o reglas especiales de cobertura, aún prospectivas (*post-contractum*). Este tipo de cobertura refleja la estructura internacional del sistema *claims made*, en el cual el contrato de seguro cubre únicamente las reclamaciones que se realicen al asegurado o al asegurador durante la vigencia de la póliza. La cobertura del riesgo asegurado se restringe sólo a estos supuestos, lo cual significa que en un contexto amplio el riesgo asegurable es la responsabilidad civil, pero en forma específica, para esta modalidad, la ley lo delimita a los reclamos formulados durante la vigencia

de la póliza, aunque los hechos generadores de responsabilidad hayan ocurrido con anterioridad.

Por lo tanto, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están habilitadas para establecer el sistema que guiará el negocio jurídico del seguro, ya sea con fundamento en la ocurrencia (*occurrence basis*), o por contrario con fundamento en la reclamación (*claims made*), en la medida en que conviene insistir en que no ha desaparecido el esquema o estructura tradicional, aunque a juicio de algunos se esté viendo amenazado, por cuanto consideran que esta nueva forma de aseguramiento representa una típica desnaturalización del seguro originario, señalamiento que ha suscitado que se ponga en tela de juicio su legalidad e incluso su constitucionalidad, aspecto verdaderamente conflictivo y espinoso. Estas cláusulas, pues, *ex ante*, determinarán el *modus operandi* del seguro de responsabilidad civil, siguiendo las pautas técnicas y las directrices que informan cada tipología en particular: responsabilidad de constructores, directores, abogados, médica, aeronáutica, etc.

En su concepción más radical el sistema *claims made* sólo otorgaba cobertura en caso de que el hecho generador y la reclamación tuvieran lugar en el marco temporal de la vigencia, por lo común un año, quedando entonces excluidas las pérdidas ocurridas antes de la vigencia de la póliza, aunque fueran reclamadas durante la vigencia, y obviamente las posteriores, modalidad ésta que, por excesivamente restringida, felizmente en algunos países se matizó, y que contrastaba con el seguro tradicional, en cuyo caso la responsabilidad del asegurador se extendía considerable y desaconsejablemente en el tiempo, al extremo de que se mantenía latente hasta que los términos de prescripción de la acción de responsabilidad civil del damnificado lo determinaran, situación que, en honor a la verdad favorecía sin duda al asegurado y también a los damnificados, eje del seguro que nos ocupa.

En el sistema tradicional u ordinario, que se fundamenta en la ocurrencia, se cubren los daños que se ocasionen durante la vigencia efectiva del seguro, aunque estos se hagan visibles varios años después, de forma tal que la reclamación se puede formular luego de varios años de expirada la referida vigencia, quedando claro que si estos se generan antes

que esta se inicie o posteriormente a que expire, no habrá responsabilidad del asegurador. Ello explica que su período obligacional o indemnizatorio se extiende al término de la vigencia material o efectiva del contrato, nada más, mientras que en el sistema que ahora acapara nuestra atención, esto es, el fundamentado en la reclamación (sistema extraordinario, o *claims made*), el asegurador deberá cumplir su obligación sólo si la reclamación referida a la materialización de un daño, aunque sea previo, se formula durante la vigencia o durante un plazo adicional acordado, más allá del cual, consecuentemente, no habrá responsabilidad contractual para la compañía aseguradora, aunque el conocimiento haya surgido antes. “El quid del asunto”, está pues, en la reclamación y no en la ocurrencia propiamente dicha, importante, sí, pero no suficiente y, por lo tanto, vinculante.

Los denominados “siniestros tardíos”, son una de las razones que llevaron a los aseguradores y reaseguradores, a estructurar la cláusula *claims made*, dado que hechos ocurridos en una época, pueden llegar a tener reclamos judiciales con demasiada posterioridad²⁵³. En efecto, los conocidos casos estadounidenses del *Agent Orange*; o de la *Asbestosis*²⁵⁴, o

²⁵³ En la década de los mil novecientos ochenta se hicieron notorias pérdidas millonarias, a raíz de la manifestación tardía de varias patologías, luego de un lento proceso de incubación y desarrollo posterior, tales como las originadas en la conocida “asbestosis”, primordialmente y, para rematar, la más abrasiva e influyente en el campo económico, en la talidomida DES (“*diethylstilbestrol*”) en el “agente naranja” y en otras sustancias extremadamente dañinas para la salud y el ambiente, las cuales hicieron su despiadada y devastadora aparición, principalmente en la segunda mitad del siglo XX.

²⁵⁴ Este caso fue protagonizado principalmente por los trabajadores que prestaban servicios en las fábricas de asbesto, cuyo polvillo es un elemento altamente cancerígeno. Los trabajadores demandaron a sus empleadores y estos demandaron al asegurador de responsabilidad civil de la época en que habían prestado servicios los trabajadores y no al de la época en que los síntomas se habían manifestado. Para tales aseguradores, la situación era aún peor, porque ni siquiera tenían reservas para responder de estos siniestros. Este fenómeno, ocurrido en la década 1970 – 1980, coincidió con la quiebra de más de 200 compañías de seguros en los EE UU.

—también— del *D.E.S.*²⁵⁵, que desencadenaron una gran cantidad de acciones judiciales, varios años después de ocurridos los hechos o lanzados los productos al mercado, obligaron a que el mercado asegurador pretendiera poner un muro de contención. Consiguientemente, para buscar su propia salvaguardia, las aseguradoras empezaron a utilizar este tipo de cláusula descubijando al asegurado y, en vez de adoptar medidas directas para atacar las causas del problema (por ejemplo, las acciones casi imprescriptibles; la excesiva litigiosidad; las desmedidas indemnizaciones; el desfile interminable de juicios; las particulares concepciones de los tribunales por jurados; etc. —todo ello, en los EE UU—), castigan al “consumidor / asegurado”. Dicho en otros términos, la solución de las aseguradoras para los grandes riesgos (especialmente de responsabilidad civil de productos), fue —precisamente— limitar la cobertura y la protección de sus propios asegurados.

Si entendemos como siniestro el hecho causante, generador de la obligación de indemnizar, uno de los principales problemas que emanan del mismo es la posible divergencia temporal entre el momento en que este sucede y el momento en el que asoma, en el que se reclama. Pensemos en que es posible que transcurran muchos años entre uno y otro, y esto supone falta de certeza jurídica y financiera para las compañías que cubrían el riesgo en un momento dado. De ahí que se hayan proliferado las cláusulas *claims made*, que limitan el juego temporal de las pólizas, y que el Derecho español lo haya admitido en el art. 73 LCS del que antes hemos hecho alusión.

Consiguientemente en las cláusulas *claims made* suelen establecer dos tipos de límites a los efectos de la cobertura más allá de la propia vigencia de la póliza: existen cláusulas de cobertura subsiguiente, que delimitan hasta donde alcanza la cobertura de la póliza una vez vencida, y cláusulas de cobertura retroactiva, que permiten al asegurado que esté cubierto ante reclamaciones de hechos anteriores a la suscripción de la póliza. Es importante entender con claridad cómo funcionan dichas cláusulas en los

²⁵⁵ Vid. estos casos en J. ALARCON FIDALGO, “Últimas Tendencias del Seguro de Responsabilidad Civil de Productos en Estados Unidos”, *Seguridad y Responsabilidad de Productos*, Madrid, Mapfre, 1986, p. 146.

seguros de responsabilidad civil, y sobre todo, ver como encajan las distintas pólizas que se puedan llegar a contratar con diferentes compañías a lo largo del tiempo, para evitar incurrir en el error de pensar que se está debidamente cubierto cuando no sea así. Y para ello es esencial el papel que juega un profesional del seguro, de un corredor que se responsabilice de que este tipo de coberturas *claims made* sirvan para proteger al asegurado de conformidad con sus verdaderos intereses o necesidades.

Las cláusulas *claims made* están redactadas de manera instintiva, ante la nula o escasa existencia de precedentes, en ocasiones para mitigar determinadas lagunas legislativas, o también están elaboradas en ámbitos geográficos donde la normativa paccionada rige las relaciones entre las partes, como es el caso de los países de tradición jurídica anglosajona; y, a través de su inclusión se procura limitar temporalmente la cobertura que brinda el seguro de responsabilidad civil de los profesionales. Por lo tanto, para que exista cobertura por parte de la aseguradora, no sólo es indispensable que el siniestro ocurra dentro del plazo de la póliza, sino que se introduce un arbitrario e irrazonable requisito adicional: que la víctima formule el reclamo durante esos plazos²⁵⁶.

La finalidad de la cláusula *claims made* suele estar vinculada a los contratos de seguro de responsabilidad civil primordialmente de profesionales, pues las compañías de seguros no desean tener latente el riesgo por una demanda judicial durante todo el tiempo que dura la prescripción. Por ello, para reducir ese riesgo, deciden (unilateralmente) limitar temporalmente la cobertura de la póliza, estableciendo que únicamente van a responder, si la demanda o reclamo se interpone durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente.

²⁵⁶ “...Con una cláusula que libere a la Compañía si la víctima no efectúa la reclamación dentro de la vigencia de la Póliza, se daría la circunstancia, en caso de haber terminado la duración de la misma y comenzado el asegurado la siguiente cobertura con otra compañía, de que esta no se hará cargo de los hechos producidos con anterioridad al inicio de la cobertura, a pesar de que los daños se manifiesten dentro de ella.— Y ello sin haber dejado el asegurado de serlo en ningún momento...” (cf. M. YZQUIERDO TOLSADA, *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Madrid, Reus, 1988, p. 406).

Como ya hemos señalado la principal consecuencia de este tipo de cláusula es reducir la protección a los asegurados puesto que el profesional que contrata esta póliza, muy posiblemente haya cumplido con absolutamente todas las prestaciones a su cargo (v.gr, completar los formularios técnicos previos a la contratación; pagar la prima; realizar la denuncia del siniestro; etc.), pero –igualmente, a pesar de haber actuado el asegurado conforme a Derecho, puede ser que no tenga la protección de la póliza contratada, porque el reclamación fue formulada después de los plazos fatales, fijados por la propia aseguradora²⁵⁷. Se produce así la contradicción de que la validez concreta de la póliza depende del hecho de un tercero (*por ejemplo*, en qué plazo la víctima realiza la reclamación). Es decir, la actuación de un tercero por el cual no se debe responder, sería lo que en un momento dado decidiría si el asegurado tiene o no el amparo de la póliza.

B) La reforma de 1995 del art. 73 LCS

Para dar solución a estos problemas, fundamentalmente a los de mercado, habida cuenta de la falta de cobertura existente en el mercado, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su disposición adicional sexta, introdujo un nuevo párrafo en el art. 73 LCS²⁵⁸ con el siguiente tenor literal:

²⁵⁷ Algunas Compañías de Seguros suizas, han elaborado la cláusula *reprise du passe*, en virtud de la cual se pueden cubrir los daños derivados de actuaciones anteriores a la fecha de comienzo de la cobertura, siempre que fueran desconocidos por el asegurado en el momento de celebración del contrato.

²⁵⁸ M.A. CALZADA CONDE, “La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, nº 89, 1997, pp. 917 ss; R. EVANGELIO LLORCA, “La validez de las cláusulas claims made antes y después de las modificaciones del art. 73 de la Ley de contrato de Seguro por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *RGD*, nº 651, 1998, pp. 14667 ss; L. ANGULO RODRÍGUEZ, “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro a los veinte años de su aprobación”, *RES*, nº 104, 2000, pp. 827 ss.

“(…) Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de los efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado”.

Esta modificación legal permite soslayar varios de los problemas que se han generado en los últimos años en el seguro de responsabilidad civil, ya que da entrada con rango de ley a las precitadas cláusulas *claims made* o de reclamación; ello permite, dentro de los límites contenidos en la propia disposición, optar a las aseguradoras y a los asegurados por otras coberturas que no desdibujan la responsabilidad, pero que sí, por contra, flexibilizan la gestión aseguradora de la responsabilidad civil.

Teniendo en cuenta este escenario legal, podríamos plantearnos, por ejemplo, un seguro anual renovable que incluye la siguiente cláusula *claims made*: “La cobertura de la aseguradora se limita a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo de un año desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración”.

En caso de que el contrato se haya suscrito el 1 de enero del año 2005, fecha en que se inició la cobertura, que la última de las renovaciones tuviera lugar el 1 de enero de 2009 y su cobertura terminara el 31 de diciembre de ese año, la aseguradora deberá atender todas las reclamaciones que se presentaran hasta el 31 de diciembre de 2010, siempre que esta cláusula cumpla con los requisitos del art. 3 LCS y que se refieran a hechos realizados dentro del período de cobertura del contrato.

Cualquier reclamación que se produjera con posterioridad al 31 de diciembre de 2010 no dará lugar al pago de la indemnización por la entidad aseguradora, con independencia de la fecha en que el perjudicado conozca el daño producido.

Propiamente no sería procedente hablar de siniestro si el patrimonio del asegurado no llega a verse afectado. En estos casos se diría, desde este punto de vista, que si el perjudicado no reclama o deja prescribir la acción, el siniestro no llega a producirse, por lo que sería más acertada la consideración como siniestro de la reclamación o la indemnización. Sin embargo, entiendo que este planteamiento sería confuso, pues la declaración de responsabilidad del asegurado por resolución judicial o laudo arbitral, o el reconocimiento del propio asegurado, no serían sino *conditio iuris* para la efectividad de un derecho y una correlativa obligación ya nacidos previamente. Si el perjudicado no reclama estará renunciando a su derecho, renuncia que será válida en tanto no exceda los límites establecidos por el art. 6.2º Cc, pero propiamente la obligación habría nacido con el hecho causante. Por esta razón se debe refutar la idea de que el siniestro pudiera ser la reclamación del perjudicado. En suma, si el seguro de responsabilidad civil tiene por objeto cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños de que sea civilmente responsable, para resolver el problema planteado se hace indispensable definir cuándo se produjo el siniestro, cuándo se produce ese nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero, tiempo que no es otro que aquel en que se tiene lugar la acción u omisión causante del daño.

Sin embargo, el párrafo segundo del art. 73 LCS admite excepcionalmente que se circunscriba la cobertura a los casos en que la reclamación del perjudicado se haga durante el período de vigencia de la póliza por hechos ocurridos antes, y ello hace surgir la duda, en este especial supuesto, de si el siniestro se produce cuando reclama el perjudicado. Esta excepción permite nuevas observaciones en las que entraremos a continuación.

Tradicionalmente las pólizas suscritas por las compañías aseguradoras han cubierto la responsabilidad civil de los asegurados atendiendo al

criterio de la redacción original del art. 73 LCS, es decir, que debe atenderse al siniestro como hecho causal, y, por tanto, al momento en que se produce. Como ya hemos observado, en la práctica se produjeron delicados problemas para las compañías aseguradoras, que en ocasiones estaban ante la obligación de atender reclamaciones muy posteriores al período de cobertura de la póliza por hechos producidos durante la vigencia de la cobertura. El ejemplo clásico, una vez más, está en supuestos como los daños producidos en el ámbito de la actividad profesional médica, en los que el daño usualmente no se produce de forma instantánea, sino que se manifiesta tiempo después de que se haya podido incurrir por el profesional en una actuación negligente. Es comprensible que tal clase de siniestros puede conllevar perjuicios difíciles de resolver para las compañías aseguradoras, como sería que las dotaciones para provisiones pudieran verse trastocadas y llegar incluso, en casos extremos pero reales, dar lugar a insolvencias que repercutirían en definitiva en perjuicio de los propios asegurados y de todo el sistema.

La validez de las cláusulas *claims made* fue rechazada por la jurisprudencia, basándose en el carácter imperativo que tienen los preceptos contenidos en la LCS, con arreglo al art. 2º LCS. Estas son, a grandes rasgos, las razones que propiciaron la reforma del art. 73 LCS llevada a cabo por la LOSSP de 1995, que añadió un segundo párrafo al art. 73 LCS, el cual es ya hemos citado, y que con esta nueva adición buscaba el legislador amparar la posibilidad de establecer en el contrato medios que cumplieran el objetivo deseado por aquellos otros que la jurisprudencia no había considerado válidos.

La existencia del riesgo es consustancial a toda modalidad de seguro, como se desprende del art. 4 LCS. Por esa razón, en buena lógica al momento de celebrarse el contrato de seguro debe ignorarse que ha ocurrido el hecho causal generador de responsabilidad o que de él pueda provenir previsiblemente la obligación de reparar el daño. De lo contrario atentaría contra el principio de equilibrio que se desprende del primer artículo de la Ley. No obstante, la falta de expresa previsión del art. 73.2º LCS al no requerir que no se tenga conocimiento del hecho causante, así como que el propio art. 4 LCS deje a salvo los casos previstos en la Ley,

puede llevar a concluir –y así lo hace la doctrina– que se admite por la Ley una excepción al artículo cuarto, en el sentido de que deba considerarse válida la cláusula de eficacia retroactiva en cuestión incluso si el hecho que origina la responsabilidad fuera conocido al tiempo de celebrarse el contrato. En este sentido se manifestó la STS de 28 de enero de 1998. En mi opinión, no puede considerarse válido el contrato si el tomador–asegurado tenía conocimiento de que ya se había producido el hecho generador de responsabilidad, y esto es así porque la norma contenida en el art. 73.2º LCS es una excepción a la regla general y por tanto debe ser objeto de una interpretación estricta, ajustada a sus precisos términos, y porque la finalidad de la norma no es alterar la naturaleza aleatoria del contrato de seguro en general ni del de responsabilidad civil en particular, la cual no existiría si se admitiera la eliminación de la incertidumbre sobre si tendrá o no lugar el siniestro. Cabe plantear una duda, también en relación con la segunda de las modalidades de cláusula *claims made* que permite el art. 73 LCS, consistente en saber a quién ha de hacerse la reclamación del perjudicado a que hace mención, ¿se refiere a la realizada por éste al asegurado o al asegurador específicamente? La norma se limita a enunciar que “serán admisibles aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza (...)”. La falta de expresa referencia en el precepto a quién debe ser el destinatario de la reclamación, puede permitir que la cobertura de la póliza se pretenda condicionar a que la reclamación se haga dentro de su período de vigencia únicamente al asegurador. Se podría inferir que si la ley no distingue tampoco podemos distinguir nosotros, por lo que bien podría admitirse la validez de la cláusula que condicione la cobertura a que la reclamación que sea hecha al asegurador. Ahora cabe distinguir, si nos referimos a la reclamación que hiciera el tercero perjudicado al asegurador, estrictamente estaríamos hablando de la acción directa, y el ejercicio de ésta no debe admitir más límites que los que prevé el art. 76 LCS. En cambio, si entendemos por reclamación al asegurador la comunicación que del siniestro le haga el asegurado, a la cual se refiere el artículo 16 de la Ley, su falta, según ha interpretado la jurisprudencia, no constituye excepción oponible al tercero perjudicado, por lo que, a lo sumo, las consecuencias de su falta se

producirían únicamente en las relaciones entre las partes contratantes del seguro. Argumento más contundente para rechazar la validez de una cláusula así, sería el relativo al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil, pues, si la esencia de esta clase de seguros es cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de tener que indemnizar a un tercero, mal puede pretenderse que se haga depender su cobertura de que la reclamación del cumplimiento de esa obligación no se haga al asegurado sino a otro. Por todo ello, considero que la reclamación a que se refiere la modalidad de cobertura retroactiva es la que hace el perjudicado al asegurado, no siendo válido referir la cláusula únicamente a la reclamación que se haga al asegurador. El origen de la obligación que nace a cargo de la aseguradora está en el hecho generador, no en el conocimiento que de éste tenga la aseguradora, por lo que no puede condicionarse su obligación a ese conocimiento más allá de lo previsto en la ley con carácter imperativo. En general, problemas muy especiales se pueden manifestar en supuestos en que el mismo riesgo está cubierto por pólizas contratadas con distintas compañías de seguros y con períodos de cobertura sucesivos pero diferentes, pues, como quiera que son varias las modalidades de cobertura que permite la ley, un determinado siniestro podría quedar sin cobertura. Imaginemos a aquel asegurado que ha contratado con dos compañías aseguradoras la cobertura sucesiva de un mismo riesgo convencido de que éste ha estado en todo momento cubierto, y, llegada la hora de la verdad, contempla que ninguna de las aseguradoras asume la cobertura del siniestro por contener cláusulas diversas o incompatibles las diferentes pólizas. En efecto, los casos de vacío de cobertura son posibles, pues la norma del art. 73.2º LCS no establece como condición la efectividad de la cláusula *claims made*, como ha propugnado un sector doctrinal, a que el nuevo asegurador asumiera los posibles siniestros que no estuvieran amparados por la póliza anterior. Es evidente que si nada se ha establecido expresamente por vía contractual, no pueden entenderse temporalmente enlazadas ambas pólizas, pues los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (art. 1.257 Cc).

Por otro lado, el art. 2 de la Ley, además de declarar la naturaleza imperativa de las normas que contiene, expresa que, no obstante, “se

entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado”. Por este motivo, todo lo dicho debe entenderse sin perjuicio de que determinada cláusula, no enmarcable en la letra del art. 73 LCS, pueda considerarse válida por ser más beneficiosa para el asegurado que el propio régimen legal.

A manera de conclusión puede afirmarse que, si bien la reforma del art. 73 LCS del año 1995 representó un loable intento de dar respuesta legal a las exigencias de las aseguradoras en relación con los problemas que les ocasionan las pólizas que cubren daños no inmediatos, la verdad es que el modo en que se hizo no ha sido lo afortunado que merecía la envergadura del problema. Así lo ha puesto de manifiesto un amplio sector de la doctrina que se ha ocupado de esta problemática. Son evidentes las deficiencias del precepto, que genera demasiadas dudas y problemas de interpretación. Prueba de ello son los variados ejemplos anteriores, que son breves anotaciones, no obstante, de los diversos problemas que la práctica llega a ofrecernos y que merecerían un estudio más extenso e intenso.

Por otra parte, un aspecto crucial que se debe tener en consideración es que el art. 73 LCS considera como momento relevante la reclamación del perjudicado y no el momento de comunicación del asegurado al asegurador. El problema que nos podemos encontrar es que el perjudicado hubiera reclamado contra el asegurado primeramente, y a su vez éste no lo hubiera comunicado al asegurador. Si ello sucediera de esta forma, se plantearía una infracción del deber del asegurado de comunicar el siniestro al asegurador (previsto en el art. 16 LCS), que sólo otorga al asegurador la posibilidad de reclamar daños y perjuicios pero que no produce la pérdida del derecho a la indemnización (excepto si no se informa al asegurador de las circunstancias con dolo o culpa grave, extremos que raramente se consideran confirmados por la jurisprudencia).

C) Modalidades

El hecho causante del daño debe producirse dentro del periodo de la vigencia material del contrato. Pero esta delimitación temporal puede verse modificada por cláusulas *claims made* que desvinculan el momento en que

se produjo el hecho causal generador de la responsabilidad civil del asegurado y el surgimiento de la obligación de indemnización del asegurador. Hay dos supuestos distintos: Aquellas cláusulas que establecen la posibilidad de limitar la reclamación durante un periodo de tiempo no superior a un año desde el vencimiento de la póliza, pasado el cual la reclamación no sería efectiva, Son las llamadas cláusulas de cobertura posterior. Y aquellas otras que establecen la posibilidad de reclamar por siniestros suscitados antes de la vigencia del contrato durante un tiempo determinado de aproximadamente un año, son las llamadas cláusulas de cobertura retroactiva. Se trata de cláusulas que al delimitar temporalmente el riesgo favorecen al asegurador y desplazan la responsabilidad sobre el asegurado al que se impone, no solo que el hecho generador de la responsabilidad se haya producido durante el periodo de vigencia de la póliza sino que es necesario también que la reclamación del perjudicado sea realizada en ese mismo intervalo de tiempo.

Cláusulas de cobertura retroactiva: Representan una excepción a la norma del art. 4 LCS que considera nulo el contrato de seguro si en el momento de la conclusión había ocurrido el siniestro. La extensión de la cobertura del asegurador tiene como elementos configuradores: a) que el siniestro se haya producido antes de la vigencia del contrato, lo que implica que los efectos del contrato son anteriores y que el plazo de la extensión retroactiva de la cobertura debe tener una duración al menos de un año, siendo invalidas las que fijen un término inferior y válidas las que confieran un plazo mayor; b) que la reclamación del perjudicado ha de llegar a conocimiento del asegurador en ese lapso de tiempo, ya sea directamente por el perjudicado o a través del asegurado; c) que el asegurado no tuviera conocimiento del siniestro antes de la vigencia del contrato, lo que implica que el asegurado no conociera que determinado hecho era dañoso para un tercero y había generado una obligación de indemnizar a su cargo. La cláusula de cobertura retroactiva puede combinarse con la cláusula de cobertura posterior, que ha de tener también una duración mínima de un año. Si no se incluye esta cláusula, la cobertura del asegurador incluirá todas las reclamaciones de los siniestros producidos durante la vigencia del contrato y por supuesto también las reclamaciones

que se produzcan terminada esa vigencia de las obligaciones que nacieron en ese periodo de tiempo.

Cláusulas de cobertura posterior: Consisten en cláusulas que delimitan temporalmente los efectos de la cobertura del asegurador, ya que si no se incluyen en el contrato el asegurador tendrá que asumir a la responsabilidad civil del asegurado por los hechos previstos en el contrato que, producidos durante el periodo de vigencia del convenio, den lugar al nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar los daños causados a un tercero. La inclusión de estas cláusulas en las pólizas de responsabilidad civil significa la posibilidad de que el asegurado no responda de hechos dañosos ocurridos durante la vigencia del contrato si la reclamación de la víctima tiene lugar después del plazo convenido. Las cláusulas de cobertura posterior restringen la delimitación temporal del riesgo que asume el asegurador, en cuanto que si el derecho del tercero perjudicado no se ha extinguido una vez transcurrido el término de un año, o superior, dependiendo de lo que fija la cláusula, el asegurado habrá de hacer frente a la reclamación del tercero perjudicado, a pesar de que el derecho de éste haya nacido estando en vigor el contrato de seguro.

Así pues, dos son las modalidades de cláusulas *claim made* que la norma declara válidas dentro de sus límites: una, aquella en que la reclamación se realiza dentro de un plazo determinado posterior al periodo de vigencia de la póliza (cláusulas de cobertura posterior, también denominadas subsiguiente, o *post contractum*); y otra, aquella en que la reclamación se formule durante la vigencia de la póliza en relación con hechos que pudieron haber ocurrido con anterioridad (cláusula de cobertura retroactiva). Importantísimo es destacar que en cualquiera de los dos casos estas cláusulas tienen la consideración de limitativas de los derechos de los asegurados, por mandato del art. 73 LCS, y son admisibles cuando cumplen lo dispuesto en el art. 3 LCS, esto es, deben cumplirse los requisitos de que la cláusula en cuestión sea destacada de modo especial en el contrato y de que sea específicamente aceptada por escrito. Sobre el particular hace especial énfasis la jurisprudencia; así también, por citar un ejemplo, la SAP de Granada de 8 de marzo de 2004. Sin embargo, en relación con la

segunda de las modalidades previstas, la de cobertura retroactiva, y pese a la letra de la ley, es difícil no conceptuarla como una auténtica delimitación del riesgo, y no como cláusula de limitación de los derechos de los asegurados, pues en esa hipótesis el siniestro parece estar más bien constituido por la reclamación.

Precisamente es la segunda de las modalidades previstas en el precepto, la de cobertura retroactiva, la que plantea más dudas y problemas, alguno de los cuales apuntaremos más adelante.

D) Delimitación temporal de cobertura en las pólizas: STS de 14 de julio de 2003

Uno de los aspectos que debe determinar una póliza de seguro de responsabilidad civil es la delimitación temporal de cobertura, es decir, establecer cuál es el tiempo en que la compañía aseguradora ofrece cobertura y cómo se asigna a un siniestro una fecha determinada. Este elemento es especialmente importante en el ámbito de la responsabilidad civil profesional, en el que pueden existir fácilmente varios aseguradores sucesivos distintos: la delimitación temporal de cobertura determina cuál de ellos se va hacer cargo de la indemnización.

Los hechos sobre los que se pronuncia la STS de 14 de julio de 2003 tienen su origen en la reclamación por responsabilidad civil contra un abogado que interpuso una demanda por responsabilidad civil extracontractual cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción de un año. El demandante que vio frustrada su acción era un ingeniero de caminos que sufrió graves lesiones cuando le cayó encima un poste a causa del accionar de una máquina que realizaba obras de movimientos de tierra en las muy cercanos una vía férrea. La sentencia comentada no especifica en qué fechas sucedieron los hechos ni en qué fecha se presentó la demanda fuera de plazo, aunque sí se tiene conocimiento de que fue con anterioridad a julio de 1993. En la demanda del ingeniero, contra su abogado y la compañía de seguros Allianz Ras, Seguros y Reaseguros, S.A. (cuyo seguro había sido contratado en julio de 1989 por el Colegio de Abogados del profesional demandado) se solicita una indemnización de 393.711,90 €.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Palencia de fecha 7 de abril de 1997 desestimó íntegramente la demanda. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia estimó parcialmente la demanda y condenó al abogado demandado y a su compañía de seguros a pagar solidariamente la suma de 9.015,18 €, por daño moral. Además, declaró que la delimitación temporal de cobertura de la póliza de seguros era nula. Esta sentencia fue recurrida en casación por la compañía de seguros codemandada Allianz Ras, Seguros y Reaseguros, S.A. y por el demandante. El actor fundamentalmente alegaba que la cuantía indemnizatoria debía ser 360.207,26 €, en cumplimiento de los preceptos del Código Civil que regulan la responsabilidad civil derivada del incumplimiento negligente de obligaciones contractuales. El Tribunal Supremo estima el recurso sólo en relación con un problema de costas, pero no aumenta la indemnización ya que entiende era muy exigua la prosperabilidad de la demanda: el demandante, ingeniero de caminos, era precisamente quien tenía asignada la misión de la seguridad de los trabajos de movimientos de tierra que se estaban realizando. A pesar de ello, la indemnización por daño moral se mantuvo.

En cuanto al recurso interpuesto por la compañía aseguradora, el Tribunal Supremo se centra en la presunta falta de cobertura de la póliza de seguros: la argumentación de la compañía consistía en defender que el riesgo no se encontraba cubierto por la póliza, en vista de la delimitación temporal de cobertura²⁵⁹. El Tribunal Supremo consideró que ha quedado probado que la actuación profesional del abogado demandado se produjo durante la vigencia de la póliza, aunque la reclamación de responsabilidad

²⁵⁹ Las cláusulas *claims made* discutidas de la póliza eran las siguientes: “Cláusula VII: Límite temporal. El seguro cubre los siniestros consecutivos a errores y/o faltas cometidos desde el comienzo de la póliza hasta su terminación, es decir, aquellos cuya causa generadora haya tenido lugar durante la vigencia de la Póliza y siempre que la reclamación al asegurado y subsiguiente notificación a la compañía se produzca durante dicha vigencia”. (...) “X. Actuaciones anteriores. Quedan cubiertas las reclamaciones que se refieran a actuaciones anteriores, con un máximo de un año, a la vigencia del contrato, siempre que el asegurado no tuviese conocimiento de la existencia de dicha reclamación en el momento de suscribir la póliza y que la misma se produzca y sea comunicada a la compañía durante la vigencia de la póliza”.

civil tuvo lugar en el mes de marzo de 1996, cuando dicha vigencia había finalizado en julio de 1993.

Para solucionar el problema, el Tribunal Supremo consideró, que no era aplicable al caso el art. 73.2º LCS y declaró que la cláusula contenida en la condición especial VII de la póliza es nula si se aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la reforma del citado art. 73 por dos razones: en primer lugar, el hecho de que se imponga que la reclamación del perjudicado se produzca dentro de la vigencia de la póliza en un seguro de responsabilidad civil de abogado, sujeto a un tiempo de litigio, equivale a dejar sin cobertura casi cualquier riesgo que suceda durante el primer año (lo que hace que la Audiencia Provincial la considere como lesiva); y, en segundo lugar, porque la adición del segundo párrafo del art. 73 indica que estas cláusulas tienen el carácter de “limitativas de los derechos de los asegurados” y, por ende, exigen que aparezcan destacadas de una manera especial en la póliza y que sean específicamente aceptadas por escrito, lo que según el Tribunal Supremo viene a confirmar la “lesividad” de la cláusula.

3. Alcance de la prescripción

Todos los casos, problemas y situaciones comentados en este apartado se relacionan directamente con el alcance de la prescripción aplicable a la acción de responsabilidad civil. En este sentido, el art. 23 LCS establece:

“Las acciones que deriven del contrato de seguro prescribirán en el término de dos años si se trata de seguros de daños y de cinco si el seguro es de personas”.

Este plazo no es aplicable al tercero perjudicado y a su derecho frente al asegurador, ya que su derecho no nace del contrato de seguro²⁶⁰. Por tanto,

²⁶⁰ Cf. F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*p. 1325. Explica que el plazo de prescripción señalado en el Art. 23 LCS no es de aplicación al derecho del tercero perjudicado contra el asegurador “porque tal derecho, aun cuando presupone la existencia de un contrato de seguro válido entre el asegurador y el asegurado, nace del derecho de éste que genera su responsabilidad frente al tercero perjudicado”.

es aplicable a los derechos y obligaciones que nacen del contrato de seguro y a sus integrantes: Asegurador, asegurado y tomador.

El estudio del régimen de la prescripción en el seguro de responsabilidad civil debe realizarse considerando una doble óptica: a) relación entre los elementos personales del contrato de seguro; b) prescripción de la acción directa –perjudicado–.

A) Relación asegurador–asegurado

Aunque la Ley 50/1980 no contiene indicación alguna en torno a los principios generales del Derecho que rigen la prescripción así como tampoco del Derecho comparado²⁶¹, F. SÁNCHEZ CALERO entiende que, de conformidad con el art. 1969 Cc, debe empezar a correr desde el momento en que, conocida la reclamación del tercero, el asegurado pueda ejercer su derecho y declarar el siniestro al asegurador²⁶²; antes de este momento, parece una obligación del asegurado de cumplimiento imposible. En consecuencia, será ese momento y no otro el que determine el nacimiento del plazo de prescripción de dos años a que se refiere el ya citado art. 23 LCS.

B) Relación asegurador–perjudicado

Al reconocerse expresamente en el art. 76 LCS un derecho propio no derivado del contrato de seguro al perjudicado, conocido como acción directa, no es aplicable el plazo establecido en el art. 23 y, en consecuencia, y en defecto de norma expresa, será de aplicación el régimen general de Cc.

Así, si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, será de aplicación lo establecido en el art. 1968 Cc:

²⁶¹ El art. 29523 Cc italiano señala que en el seguro de responsabilidad civil el plazo corre desde el día en que “el tercero ha pedido el resarcimiento al asegurado o ha promovido contra él la acción”.

²⁶² Cf. F. SÁNCHEZ CALERO: *op. cit.* p. 1325.

“Prescriben por el plazo de un año: (...) 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado”.

Por el contrario, si nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual, habrá que buscar el supuesto, tanto en el Cc como en el Ccom, y, en su defecto, aplicar de modo supletorio el art. 1964 Cc: “La acción hipotecaria prescribe a los 20 años y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los 15”.

A manera de ejemplo, en el cual quedan comprendidas las relaciones asegurador–asegurado y asegurador–perjudicado, veamos el caso de la cobertura de un seguro de responsabilidad civil que se extiende desde el 1 de enero del año 2001 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año. El 7 de junio el asegurado realiza una actuación que provoca daños en una casa. Estos daños no se manifiestan hasta el 3 de marzo de 2002. El propietario de la casa no conoce los daños ni al causante de los mismos hasta el 30 de mayo de 2002. El 28 de abril de 2003 presenta la reclamación al causante–asegurado, que no la recibe hasta el 30 de abril de 2003. El 25 de abril de 2005 el asegurado reclama a la aseguradora el pago de la indemnización de las cantidades satisfechas. La entidad aseguradora recibe la reclamación el 27 de abril de 2005. Veamos entonces si las acciones se iniciaron dentro del plazo de prescripción:

El propietario de la casa, es decir el perjudicado, tenía un plazo de un año para reclamar la indemnización (responsabilidad civil extracontractual), ya que su acción no deriva del contrato de seguro. El inicio de este período es la fecha en la que pudieron ejercitarse las acciones. Como tuvo conocimiento de los daños y de la identidad del causante el 30 de mayo de 2002, esta era la fecha de inicio y su acción prescribía el 30 de mayo de 2003. La acción del asegurado prescribía a los dos años, por derivar de un seguro de responsabilidad civil. Como en el caso anterior, este plazo se inició en la fecha en la que pudieron ejercitarse las acciones que, en el caso del ejemplo, fue el momento en que se recibió la reclamación. Por tanto, su acción prescribía el 30 de abril de 2005.

4. *El siniestro: la reclamación y el hecho motivador: las cláusulas claims made*

A) El riesgo como presupuesto económico esencial del contrato de seguro

El riesgo es el presupuesto económico esencial del contrato de seguro. De connotaciones distintas a las del lenguaje coloquial, o incluso a las del Derecho civil, el riesgo como noción propia del derecho y de la ciencia del seguro constituye el elemento que le da al seguro su verdadera fisonomía²⁶³. El seguro es un sistema de transferencia de riesgo, pero limitado. Las pólizas incorporan límites cuantitativos para el resarcimiento de las consecuencias del daño, los cuales se relacionan con el concepto de interés asegurado. Los límites del seguro privado se plasman en términos de valores asegurados, deducibles, cláusulas de coaseguro pactado, y también en función de límites cualitativos que se expresan en términos de condiciones de cobertura y exclusiones. Las cláusulas de los contratos definen los riesgos cuya realización originan la obligación condicional del asegurador.

Desde el aspecto sociológico, la palabra riesgo sirve para indicar de manera simultánea una probabilidad de pérdida o una probabilidad de ganancia. En el Derecho de seguros, de en atención al principio indemnizatorio, al asegurado no se le permite especular con el riesgo de ganancia porque la misión del seguro privado es la de reparar pérdidas. El vocablo riesgo indica para el seguro privado la probabilidad de que ocurra de un acontecimiento dañoso cuya ocurrencia es futura e incierta. La técnica aseguradora muestra que las consecuencias nocivas por la producción del riesgo se pueden derivar de la frecuencia o de la gravedad de su impacto: en el primer caso, una gran cantidad de pérdidas de menor cuantía puede arrojar resultados extraordinarios; mientras que en el segundo caso, un solo siniestro puede traer pérdidas desastrosas. El seguro privado revela el nivel alcanzado por la sociedad para hacer efectiva la solidaridad social; sus técnicas de dispersión hacen que el riesgo sea

²⁶³ Cf. M. PICARD y A. BESSON, *Les assurances terrestres*, T. I, *Le contrat d'assurance*, 5.^a ed., por André BESSON, París, 1982, p. 34.

asumible. La institución aseguradora sirve para que una gran pérdida no recaiga de manera insufrible en una sola persona, y logra su distribución en el interior de un colectivo social, la mutualidad.

Como mecanismo para el logro de la solidaridad, continúa siendo imperfecto e incipiente. Sumergido como se encuentra en el sistema capitalista, ofrece magníficas alternativas de protección para quien dispone de capacidad de pago. Como instrumento de atomización del riesgo, el seguro privado se caracteriza por el cálculo de probabilidades, pero para mantener a raya desviaciones y atinar en los resultados es preciso que el asegurador posea una muestra suficientemente representativa de riesgos homogéneos expuestos a una misma contingencia. El acierto en el pronóstico sobre el comportamiento de los riesgos y el éxito de las medidas para soportar las desviaciones de siniestralidad está en manos de la estadística, de la existencia de regularidades ocurridas en el pasado que hayan sido objeto de medición y verificación; allí donde se carece de un gran número de riesgos expuestos a una misma contingencia no es dable realizar al cálculo. Las aseguradoras aprendieron a administrar los riesgos conocidos, perfeccionaron fórmulas matemáticas actuariales, desarrollaron alternativas financieras para conjurar las desviaciones de siniestralidad, pero la ausencia de regularidades hace que los riesgos emergentes – en esta era de gran avance tecnológico– se resistan al cálculo. De esta suerte, la sociología del riesgo confirma que los nuevos riesgos, los riesgos emergentes, se encuentran relacionados con la aplicación de novedosas tecnologías.

Se puede definir el riesgo en términos generales como “la posibilidad de que se produzca un acontecimiento económicamente desfavorable de tal naturaleza que provoque una necesidad”²⁶⁴. Como es bien sabido, una de los temas esenciales que plantea el seguro de responsabilidad civil y que acapara una extraordinaria atención es la delimitación del riesgo. Delimitación que se produce por acuerdo de las partes, dentro de los límites, naturalmente, determinados por la ley, y constituye un elemento

²⁶⁴ A. DONATI, *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Vol. I, Milán, 1952, p. 6.

esencial ya que si la responsabilidad del asegurado nace de un hecho que no está contemplado en el contrato estaremos ante una situación excluida de la cobertura del asegurador. Lo que significa por otro lado que el asegurador únicamente se obliga a cubrir los riesgos dentro del contenido del contrato y por tanto los riesgos excluidos en la póliza servirán como excepciones oponibles al titular de la indemnización. La delimitación del riesgo se hace detallando en el contrato qué hechos vinculados a determinadas personas o cosas o qué actividades o acontecimientos concretos darán lugar a la responsabilidad civil en caso de producirse. Las cláusulas que delimitan los hechos que dan origen a la responsabilidad deben detallarse de forma muy meticulosa. En la descripción de tales cláusulas se hace una referencia a la conducta del asegurado quedando excluidas las responsabilidades que deriven del dolo o de los hechos ilícitos realizados por este. Si bien la LCS no se ha referido a la conducta dolosa del asegurado no podemos olvidar el precepto del art. 19 LCS que señala que el siniestro no es asegurable cuando haya sido causado por la mala fe del asegurado. En consecuencia sólo se asegura la responsabilidad nacida de actos accidentales o conductas negligentes del propio asegurado o de actuaciones intencionales o culposas de aquellas personas de las que el asegurado debe responder²⁶⁵.

La tipificación de los riesgos en la era de la tecnología permite entender por qué el riesgo se debate entre la fantasía y la realidad. Con base en ello, además, se confirma la insuficiencia del seguro y el límite de la responsabilidad civil para confrontar los riesgos en la era tecnológica. El subsistema jurídico del seguro y la responsabilidad civil no pueden resolver en solitario todos los problemas que plantean los riesgos. El proceso de toma de decisiones sobre riesgo, a través del cual en la esfera de la política se identifica el peso de lo tolerable, tiene hoy el rol protagónico: la misión de servir de preámbulo del derecho. El proceso de toma de decisiones sobre riesgo debe servir para sentar políticas públicas coherentes con los cambios radicales que esta sociedad se encuentra pendiente de adoptar, para lo cual

²⁶⁵ E. VERDERA Y TUELLS, “Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil”, en SANCHEZ CALERO, F. (dir.) *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, 1994, pp. 78ss.

es necesario permitir la participación del experto pero también la del ciudadano común. Este proceso de toma de decisiones sobre el riesgo es el que le da cabida al principio de precaución, que por sí mismo se constituye en un freno para la acción y, frente a los intereses ya creados, en objeto muy difícil de administrar.

Del art. 73 LCS se deducen las siguientes notas características del riesgo en el seguro de responsabilidad civil:

El riesgo consiste en la posibilidad de que el patrimonio del asegurado se vea gravado con el nacimiento de una deuda.

La deuda debe ser una prestación indemnizatoria a favor de un tercero.

Los daños y perjuicios al tercero se han producido a consecuencia de un hecho del que el asegurado es civilmente responsable.

B) El siniestro

En el seguro de responsabilidad civil, como seguro de daños que es, el siniestro supone la realización del riesgo, es decir, en la identificación del daño. Esta identificación permite discutir si el siniestro coincide con el hecho físico, dañoso para el tercero perjudicado; con el hecho jurídico de la reclamación del perjudicado, o con el hecho de haber cumplido el asegurado su obligación de indemnizar al tercero. En resumen, de todos los planteamientos realizados se puede afirmar que son dos las principales teorías sobre el particular. Por un lado, aquella que sostiene que el siniestro coincide con el hecho dañoso, del que nace la responsabilidad, por el otro, aquella que afirma que no hay siniestro hasta que el tercero perjudicado haya hecho su reclamación.

Son diversas las opiniones doctrinales en relación con qué acontecimiento determina el siniestro en sentido estricto. En Derecho comparado los distintos ordenamientos no tienen un criterio unánime en relación al concepto de siniestro en esta modalidad asegurativa. Entre las distintas opiniones y criterios tenemos aquella que afirma que el siniestro se configura con la reclamación del tercero perjudicado, o la que considera que se produce por la indemnización que paga el asegurado, o, incluso, se

llega a identificar el siniestro con la determinación líquida de la deuda que se produce por resolución judicial o transacción. Pero, concentrándonos en el sistema de fuentes de las obligaciones del Derecho español, que es el apoyo más estable sobre el cual se puede sustentar la respuesta a la cuestión, es claro que la obligación de indemnizar nace del hecho causal o generador (*por ejemplo*, un accidente). Así se desprende del art. 1.089 Cc (“las obligaciones nacen (...) de los hechos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”), del art. 1.902 Cc (“el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”). El propio art. 1 LCS parece darlo a entender cuando se refiere “al evento cuyo riesgo es objeto de cobertura”²⁶⁶.

Para el profesor GARRIGUES el siniestro es un hecho complejo que tiene su inicio en el hecho causante y que no se concreta hasta que no se verifique la reclamación del perjudicado²⁶⁷ y se decanta por una solución intermedia al considerar que el siniestro es consecuencia de la combinación de tres factores concatenados: a) la producción de un hecho previsto en el contrato; b) la manifestación de un daño producido a un tercero; c) la reclamación que conlleva la obligación de indemnizar.

Muy a menudo, sin embargo, estos tres factores tienen un horizonte temporal distinto, lo que hace necesario adoptar un criterio que permita delimitar con claridad qué siniestros serán objeto de cobertura. Es posible pensar, como lo demuestra la realidad, en supuestos en los que la manifestación del daño se difiere temporalmente de una manera importante de la acción u omisión que es su causa, por lo que es necesario resolver el problema práctico de delimitar temporalmente la responsabilidad del asegurador.

Tradicionalmente ha sido el conocido como criterio del daño el que ha inspirado la mayoría de las construcciones y fórmulas de garantía,

²⁶⁶ Así lo ha entendido mayoritariamente la jurisprudencia; a modo de ejemplo, se pueden citar las SSTs 10 de marzo de 1993, 15 de junio de 1995, 14 de junio de 2002, 14 de julio de 2003, entre otras.

²⁶⁷ Cf. J. GARRIGUES, *El contrato de seguro terrestre*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1973, p. 375.

basándose en el mismo: “Son objeto de cobertura los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza”. En consecuencia, según este criterio, serían indemnizables por la aseguradora los siniestros imputables al asegurado durante el período de vigencia de la póliza o de la cobertura, y ello con independencia del momento en que se manifieste el daño y por ende, se produzca la reclamación, siempre teniendo presentes los límites de prescripción de acciones recogidas en el Cc, que, si no tuviera uno específicamente señalado, sería de 15 años desde que se pudo ejercitar la acción de reclamación, lo cual podría llevar a un horizonte temporal del doble o incluso mayor. Este es el criterio que se conoce como del “hecho generador” o de la “ocurrencia” (en terminología inglesa *loss occurrence basis*).

Teóricamente podrían llegar a transcurrir varios años en los que el asegurador debería estar expectante y no sabría si se ha producido el siniestro. Así por ejemplo, en el caso de alguna enfermedad respiratoria, cuyos efectos no se manifiesten hasta mucho tiempo después de haber inhalado alguna sustancia nociva, una vez declarado el primer siniestro y establecido el fundamento médico de la enfermedad, la aseguradora que hubiera asumido este riesgo, además de provisionar ingentes cantidades, debería esperar un período importante de tiempo para conocer con certeza si se ha producido el siniestro y la necesidad de indemnizar por el mismo.

La aparición de siniestros tardíos, es decir, en los que se produce un lapso temporal importante entre la acción o el hecho generador y su manifestación externa, hizo necesario buscar, como ya hemos mencionado, otras soluciones más flexibles, que compatibilizaran, por un lado, la defensa del tercer perjudicado y permitieran a las entidades aseguradoras conocer los siniestros a los que tendrán que hacer frente; y así aparece el criterio de la reclamación, en los que se considera que “Son siniestros las reclamaciones presentadas durante la vigencia de la póliza”.

Dichos sistemas de aseguramiento también son conocidos, en terminología anglosajona, como fórmulas *claims made basis*. Sobre la base de aplicación estricta de las mismas, la aseguradora tendría la obligación de indemnizar siniestros que se hubieran manifestado durante la vigencia de la póliza de seguro, con independencia del momento en el que

el hecho generador se hubiere producido. Siendo así las cosas, sólo serán indemnizables por el asegurador las reclamaciones que se planteen dentro del período de cobertura de la póliza, por lo que la fecha en la que termina la vigencia del contrato será la fecha límite de las reclamaciones que atenderá la aseguradora. Esto provoca que en el caso de siniestros de manifestación diferida en los que el perjudicado conoce el daño después de terminar la vigencia del seguro, no dará lugar a la indemnización por la entidad aseguradora.

Resulta claro el contraste, por lo tanto, con los seguros en los que se aplica la teoría del daño o del hecho generador en sentido estricto, en los que el asegurador no puede conocer cuándo concluye su obligación. No existe ningún límite temporal a la presentación de la reclamación. Lo único que se exige es que el hecho que causa el daño se produzca dentro de la vigencia de la póliza y que la reclamación del perjudicado se interponga dentro de los plazos de prescripción. Estos plazos se determinan en función del día en que se pudieron ejercitar las acciones, lo que dependerá, entre otras circunstancias, del conocimiento del daño por el tercero perjudicado, que podrá producirse muchos años después del término de vigencia del contrato.

Las SSTS 20 de marzo de 1991 y del 23 de abril de 1992 analizaron la cuestión de la aplicación de la cláusula *claims made*, en el caso de Seguros de Responsabilidad Civil de Profesionales Médicos, la compañía de seguros, sostuvo que no se debía otorgar cobertura, porque si bien el “hecho generador” había ocurrido dentro de la vigencia del contrato, pero la reclamación había sido realizada con posterioridad al vencimiento del plazo de la póliza. Concretamente la cláusula disponía que “La cobertura otorgada bajo esta póliza alcanza a aquellas reclamaciones por hechos ocurridos estando en vigor el contrato, siempre que unos y otros sean puestos en conocimiento de la Compañía dentro del período de vigencia de la póliza”. Pero el TS rechazó esta pretensión, obligando a la aseguradora a otorgar la correspondiente cobertura, entre otros fundamentos, por entender que la LCS, en los referente a la responsabilidad civil, se basaba en el principio de la “ocurrencia” para establecer el siniestro; que se exige que cuando la póliza establece limitaciones al asegurado, las cláusulas deben

ser redactadas en forma clara y precisa; que la LCS establece los estándares mínimos de protección al asegurado; y que la propia característica del seguro de responsabilidad civil, establece que ocurrido un hecho que genere responsabilidad, el reclamo puede realizarse con varios años de posterioridad; etc.

En concreto, la STS 20 de marzo de 1991 condenó a la demandada a “...asumir la cobertura de los siniestros acaecidos por actos profesionales negligentes realizados durante la vigencia de la Póliza, con independencia de la fecha en que se formulen las reclamaciones por los presuntos perjudicados...”. Y, por su parte, la STS 23 de abril de 1992 sostuvo que el siniestro “...no se produce por la reclamación de este (del tercero), sino por la realización de la acción u omisión causante del daño...”.

La práctica del mercado demuestra que los criterios delimitadores de la cobertura no responden a un modelo puro, pero, mezclando elementos de ambos criterios, se basan más en uno que en otro. La referida STS de 20 de marzo de 1991 declaró que el sistema de reclamación no era solamente contrario a Derecho, sino que era de naturaleza lesiva y vulneraba las más puras esencias de la lógica; utilizó para ello los siguientes argumentos: A) El elemento esencial y constitutivo del siniestro, en el Derecho español, es el hecho generador realizado durante la vigencia de la póliza. Es indiferente, a estos efectos, cuándo tenga lugar la manifestación del daño. Simplemente, para poder presentar la reclamación, es necesario acreditar el nexo causal entre el hecho y el daño. B) La notificación del siniestro debe hacerse dentro de los siete días o más pactados²⁶⁸ y desde el momento en que el asegurado pudo conocer su existencia; otra solución impondría una condición de imposible cumplimiento al asegurado.

Dejando al margen las circunstancias concretas del fallo del Tribunal Supremo, y sabida la condición de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico, se plantearon los siguientes problemas:

La inmensa mayoría de las pólizas de responsabilidad civil, cualquiera que sea el campo de actividad al que se refieran, utilizaban sistemas basados en la reclamación, estando casi olvidados los sistemas del hecho

²⁶⁸ *Vid.* Art. 16 LCS.

generador, dados sus inconvenientes y la incertidumbre que generaban para el empresario de seguros.

El mercado español de responsabilidad civil dependía y sigue dependiendo de manera directa e inmediata de los mercados de reaseguro, tanto continental como anglosajón; las coberturas que estaban dispuestas a ofrecer a las entidades aseguradoras que aseguraban la responsabilidad civil en seguro directo se basaban fundamentalmente en sistemas de reclamación, entre otras razones porque los sistemas basados en el hecho generador trasladaban al reaseguro los problemas financieros y de incertidumbre comentados. Cabe concluir afirmando la fuerte incidencia de los criterios de los reaseguradores en las políticas de contratación de las entidades de seguro directo, al necesitar su respaldo.

C) Admisión de los sistemas basados en la reclamación

Si bien es cierto que algunos países del entorno español admiten u obligan al aseguramiento sobre la base de los sistemas de hecho generador²⁶⁹, es abrumadoramente mayoritaria en el mundo desarrollado la preferencia o la admisión de los sistemas basados en la reclamación.

Pueden sintetizarse de la siguiente manera las ventajas e inconvenientes de los criterios apuntados (hecho generador y reclamación) a la luz del Derecho positivo español y de la jurisprudencia en el momento de producirse los fallos judiciales precitados:

Las ventajas e inconvenientes que plantean cada uno de los sistemas establecidos son:

Sistemas basados en la reclamación: Rompen el nexo causal entre hecho y daño, ya que abstraen la responsabilidad del asegurador, que no la del asegurado, a la manifestación del daño o perjuicio, del período de cobertura de la póliza (un año generalmente). Asimismo, contradicen las normas de prescripción de las acciones establecidas en el Código Civil. En efecto, según las normas generales del Derecho privado, el perjudicado

²⁶⁹ Tal es el caso de la legislación belga de 1993.

tiene un plazo variable, según la naturaleza del vínculo que le une con el causante del daño, de entre un año, por ejemplo, para supuestos de responsabilidad civil extracontractual, y 15 años para responsabilidad civil contractual. Presentan como ventaja que, al vencimiento del contrato y al extinguirse la relación aseguradora, permiten conocer el resultado económico del contrato, así como aportan certeza como elemento esencial de las relaciones jurídicas. Finalmente, a pesar de lo que pudiera parecer, no restan garantías al tercero perjudicado, en una secuencia continua de aseguramiento renovado año tras año, que es como racionalmente se plantea el aseguramiento de la responsabilidad civil.

Sistemas de ocurrencia o del hecho generador: Está en consonancia con la antigua redacción del art. 73 LCS a tenor de la interpretación hecha por el Tribunal Supremo. Permite seguir el esquema normal entre hecho y daño, establecido en el Derecho español. Como inconvenientes se pueden destacar: a) Hay ocasiones que no permitiría saber cuál es el hecho generador en cada caso. b) Ignora el elemento retroactivo. c) Crea inseguridad económica, de suficiencia de la suma asegurada, y de que la aseguradora siga activa cuando se produzca la sentencia judicial condenatoria.

D) Influencia de las cláusulas *claims made* en el seguro de responsabilidad civil profesional del abogado.

Para el ejercicio de los profesionales del derecho (abogados y procuradores), las cláusulas *claims made* tienen gran incidencia en la suscripción de los seguros de responsabilidad civil profesional, que protegen su patrimonio frente a indemnizaciones que puedan deber al cliente con motivo de su actuación profesional por errores cometidos e incluso por negligencia o impericia profesional. En cuanto a los criterios de delimitación temporal del riesgo, pueden asumirse criterios de ocurrencia o de reclamación (*claims made*), siendo igualmente de aplicación el art. 73 LCS.

De hecho en el caso del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Junta de Gobierno puso en marcha hace ya varios años un seguro colectivo

de responsabilidad civil gratuito para los colegiados, que cada cual puede mejorar como crea conveniente a través del contrato de coberturas complementarias, pagando los suplementos correspondientes. Dicho seguro cubre una responsabilidad limitada, en torno a los 30.000 euros. Las materias en los que más se han fundado las reclamaciones son de naturaleza civil, laboral, fiscal, penal y administrativo ²⁷⁰.

Conviene destacar dos sentencias del Tribunal Supremo que por su trascendencia han supuesto un punto de partida para los estudios sobre la responsabilidad civil del abogado, incluso la última de ellas viene a resumir el haber doctrinal del Tribunal Supremo al respecto: Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1998 y Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001.

En el primer caso se trataba de una reclamación amparada por un seguro de responsabilidad civil en el que predominaba el criterio de la reclamación (cláusula *claims made*), es decir, y como ya hemos visto, que el seguro cubría las reclamaciones efectuadas durante la vigencia del mismo incluso por hechos anteriores (criterio retroactivo). Se trataba de unos demandantes que habían contratado los servicios de un abogado para que reclamara las indemnizaciones que habían sido ya acordadas judicialmente tras el cierre de la empresa para la que trabajaban al Fondo de Garantía Salarial. El abogado dejó transcurrir el plazo de un año previsto para solicitar el abono con cargo al Fondo de Garantía. La cantidad a la que fue condenado el abogado y su compañía aseguradora fue el importe íntegro de la reclamación que debió efectuar el abogado al Fondo de Garantía, optando aquí la Audiencia Provincial, que modificó en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por fijar la condena en la misma cantidad pretendida en la demanda frustrada que dio origen al pleito y que fue desestimada por prescripción de la acción. No podemos olvidar, no obstante, que los criterios no siempre han sido los mismos, ya que muchas veces los juzgados no condenan a la misma cantidad que se ha visto frustrada de obtener el cliente en el pleito por el que contrató al

²⁷⁰ Cf. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Memoria de actividades 2006: Actividades Asistenciales*: http://www.icam.es/docs/ficheros/200703090001_6_0.pdf

profesional, sino a una parte de la misma, argumentando, aun en los supuestos en que el pleito fuera de difícil solución para el cliente, que hay que resarcirle por cercenarle la posibilidad de reclamar sin tener en cuenta si dicha reclamación era más o menos factible por tratarse de otro pleito en el que ahora el juzgado ni quiere ni debe entrar, se indemniza la posibilidad perdida en definitiva, aunque el éxito de esa posibilidad hubiera sido muy complicado. De esta sentencia podemos extraer los siguientes párrafos:

“La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en este y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones), de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1544 Cc.

La prestación de servicios, como relación jurídica *intuitu personae*, incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 Cc y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que, si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento de la obligación que corresponde al profesional.”

“Así, hay una clara imputación objetiva en el sentido de que dicho abogado causó unos daños a los actores, recurridos en casación, con su actuación profesional consistente en presentar la reclamación de indemnización más allá del plazo de prescripción. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa, cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor; se prevé en el Artículo 1183 Cc respecto de obligaciones de dar, pero se extiende no tanto por analogía sino como principio general, según doctrina y jurisprudencia, a toda clase de obligaciones como las de hacer o no hacer. El mencionado abogado presentó la petición mucho más tarde que el plazo adecuado y, como consecuencia directa, con nexo causal, le fue desestimada por prescripción (imputación objetiva): lo hizo por un retraso o un desconocimiento normativo culpable (imputación subjetiva).”

“Por tanto, aplicando correctamente el artículo 1544 Cc como norma general, se han aplicado asimismo los artículos 1104, párrafo 1.º, que define la culpa y el artículo 1101 Cc que sujeta al que incumple culpablemente la responsabilidad consistente en indemnizar daños y perjuicios, de acuerdo con el artículo 102 del Estatuto General de la Abogacía.”

“Se trata del profesional, especialmente si es abogado o procurador de los tribunales que, con su incumplimiento contractual, impide al perjudicado la obtención de un derecho; ... nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de obtenerla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1º CE, al quedarle coartada por la prescripción o caducidad. Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener.”

Esta sentencia a mi juicio supone una auténtica novedad y un cierto peligro, ya que podría dar lugar a situaciones de auténticos fraudes de ley, no en el caso tratado puesto que al fin y al cabo se trataba de una demanda que debió ser estimada contra el Fondo de Garantía Salarial, sino en otros casos de demandas o reclamaciones temerarias, por lo que entiendo que elevar a doctrina general los postulados de la sentencia analizada es algo peligroso, puesto que, si la reclamación es temeraria y al abogado le prescribe la interposición de la correspondiente interpelación judicial, condenar luego con la misma cantidad que se frustró en la reclamación primitiva (a sabiendas de que la misma era difícil que prosperara) puede resultar injusto y hasta peligroso; ahora bien, si la hipótesis es resarcir al cliente de la pérdida de su posibilidad de reclamar, el planteamiento puede tener sentido. Sugiero la atención al caso concreto y limitar según los supuestos las cantidades a resarcir vía responsabilidad civil, incluso mediante porcentajes de las reclamaciones frustradas, también a riesgo de que se diga que no es correcto debido a que sería tanto como pedir al tribunal que entre a valorar sobre un pleito que no le compete, la solución no es sencilla y cada caso es distinto y debe ser valorado con individualidad.

La otra sentencia de la que haremos una breve reseña es la del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001, ya que resume muy acertadamente la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia en su fundamento de derecho tercero:

“Planteándose en el recurso una responsabilidad civil profesional del abogado y procurador demandados se expresa, como síntesis doctrinal, que, en el encargo al

abogado por su cliente, es obvio que se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas, de un arrendamiento de servicios o locatio operarum en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma Cc... “contrato de servicios”, en la idea de que una persona con el título de abogado o procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma –locatio operis– el éxito de la pretensión; y en cuanto a los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta de la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido –se repite una vez más–, como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, de que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. Por consiguiente, también en otra versión podían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa prestación medial en pos de la cual se afirma responsabilidad; *ad exemplum*: informar de “pros y contras”, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en leyes procesales, y, como no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la ley y del derecho; por tanto y, ya en sede de responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso pues, como prius en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 Cc a sensu excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual ab initio goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención; que la obligación del abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la

prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que, una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o la reclamación judicial: eventos de futuro que, por su devenir aleatorio al concurso o socaire no sólo de una diligente conducta sino del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, escapen o distorsionen una arriesgada estructuración anticipada.

Son normas de su propia adscripción colegial: destacan las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía, sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad que, como es sabido, son normas corporativas sobre la materia (sin relevancia casacional según Sentencia de 6 de febrero de 1996 y 26 de junio de 1998), entre otras).”

A continuación añade la sentencia del Tribunal Supremo unas líneas que considero de sumo interés en orden a dar contenido a la reclamación exacta que formule el perjudicado por la actuación profesional de su abogado y que aporte luz sobre qué es exactamente lo que se puede reclamar. Dice así:

Y asimismo una síntesis jurisprudencial se encuentra entre otras en Sentencia de 11 de noviembre de 1997: ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (art. 1106 Cc), sino también los daños morales, que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos) aparezcan debidamente probados. En el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy atípicas o peculiares connotaciones, no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibile terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del procurador demandado) recursos de apelación anteriormente recurridos, al verse irremisiblemente privados por la negligente conducta de dicho procurador, “del derecho que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo”. Sentencia de 28 de enero de 1998: “La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en éste y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones), de contrato de prestación de servicios

que define el artículo 1544 Cc. La prestación de servicios, como relación personal intuitu personae, incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 Cc y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto, de ello se desprende que, si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional”. Sentencia de 25 de marzo de 1998: “El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 Cc conjuntamente con el de obra, a los que llama de “arrendamiento”, como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 y 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía... Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos el propio de las profesiones liberales, como la de abogado: así, Sentencias de 6 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991, 23 de octubre de 1992; siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 Cc, las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso), y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente por la doctrina alemana (...), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la Sentencia de 3 de julio de 1990) en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el Cc, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal intuitu personae en el caso del abogado, la tiene en los artículos 43 y 5 del mencionado estatuto”.

Establece en definitiva el Tribunal Supremo en su Sentencia de 25 de junio de 1998 que:

“no puede hablarse de quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del artículo 1104 Cc, porque no es posible subsumir como tal la frustración del actor por esas negligencias, tanto la de estimación del recurso de casación, primera actuación negligente, como la de la admisión y éxito de la querella presentada al respecto, esto es, se subraya, por completo, la falta de exigencia etiológica o relación de causalidad en la idea de que esas conductas negligentes fuesen determinantes de la no consecución de los objetivos pretendidos

por la parte interesada tanto al interponer el recurso de casación como al presentar la querella; ahora bien, ello en caso alguno determina la inocuidad o la falta de ausencia valorativa a efectos del resarcimiento... esto es, descartando –como con absoluto rigor procede– la equivalencia entre esa conducta negligente y el supuesto daño padecido, o sea, que aquella fuese, sin más, la causa de la insatisfacción de la pretensión y que, por ello, la cuantía de ésta coincidiera con la condena resarcible; ahora bien, sigue diciendo la Sala y se confirma, otra cosa es que si fuesen determinantes de otro tipo de perjuicio y además directo y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o en la tutela judicial efectiva; y, en efecto, la Sala que juzga ha de resaltar que esa tesis debe ser atendible, porque, por las circunstancias acreditadas en la actuación profesional del letrado recurrente, y con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si es que su facere hubiera sido diligente, lo cierto es que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al Tribunal Supremo como a la jurisdicción penal, y ello supone, sin lugar a dudas, una especie de quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso de lo que la doctrina considera el daño moral; Sentencia de 3 de octubre de 1998: ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o un dictamen”.

No podemos olvidar que la prestación de servicios por parte del abogado y procurador, como ha establecido el Tribunal Supremo, con respecto a sus clientes se integra por lo general en una obligación medial y no de resultado (salvo excepciones concretas) ya que nunca se podrá garantizar por el abogado el éxito de una decisión judicial y menos aún la evitación de los perjuicios irrogados por un pronunciamiento judicial entablado contra el cliente que confió sus intereses a dicho abogado; la misión del abogado, su verdadera profesionalidad en orden de evitar incurrir en responsabilidad frente al cliente, es actuar, al igual que los médicos (igualmente salvo excepciones) conforme a la *lex artis ad hoc*.

Naturalmente la obligación del abogado será de resultados, y no de medios, en supuestos en los que al abogado se le encargue, por ejemplo, la redacción de un contrato, estatutos o dictámenes, en donde la relación se configura como *locatio operis* y suele esperarse un resultado concreto, y si

éste no se consigue, el abogado puede responder con su patrimonio con motivo de la indemnización que puede exigirle el cliente por los daños y perjuicios causados por ese contrato o documento mal redactado.

II. Divergencia entre el contenido de la póliza y el de la proposición de seguro: Artículo 8 de la LCS

El contenido mínimo de la póliza es determinado en el art. 8 LCS, que además de regular el idioma del contrato, así como el mecanismo de corrección de las discrepancias de contenido entre la proposición y la póliza, establece las indicaciones mínimas que debe contener la póliza. Sin embargo no recoge todo el contenido de la póliza. A lo largo de su articulado, la LCS hace referencia a supuestos que deben incluirse en la póliza.

De ahí que se hable de contenido mínimo. La falta de alguna de estas menciones no puede suponer que el documento pierda su carácter de póliza. La no constancia de algún elemento será suplida por los demás medios de prueba admitidos en Derecho, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a cargo del contratante que cause el defecto.

El contenido mínimo se concreta en los siguientes grupos:

Elementos personales: nombre, apellidos o denominación social de las partes y su domicilio. También el nombre del asegurado y del beneficiario, en su caso.

Elementos que determinan la cobertura: el concepto en el cual se asegura, naturaleza del riesgo cubierto, designación de los objetos asegurados.

Otros elementos reales: la suma asegurada, la prima, recargos e impuestos.

Otros datos: vencimiento, lugar y forma de pago de la prima; duración del contrato, con expresión del día y hora en que comienzan y finalizan sus efectos; nombre del agente, si interviene en la póliza; en caso de póliza flotante, forma de realizar la declaración de abono.

El contenido de la póliza deberá ser ampliado, además, con las exigencias de información establecidas en el art. 60 LOSSP/1995 y en el art. 104 y siguientes del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los

Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre.

Por otra parte la póliza, como documento contractual, cumple una función probatoria de la existencia y contenido del contrato. Lógicamente cumple también una función normativa, por cuanto al recoger las condiciones generales y particulares complementa a la ley en la fijación de las normas que regirán la ejecución del contrato. Además, en las pólizas a la orden o al portador es el documento de legitimación de su titular.

El art. 8 LCS, según redacción dada por la Ley 18/1997, de 13 de mayo, establece que la póliza se redactará, a elección del tomador del seguro, en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en el lugar donde aquélla se formalice. Si el tomador lo solicita, deberá redactarse, además, en otra lengua distinta, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 92/96, del Consejo de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 1992.

Analicemos el caso hipotético de un particular que acude a una aseguradora para celebrar un contrato de seguro, obteniendo de ella una carta en la que se hace constar que la aseguradora acepta el riesgo, y antes de la entrega de la póliza se produce el siniestro.

La aseguradora en estricto Derecho no debería negarse a pagar la indemnización al asegurado, ni siquiera podría justificarse en el hecho de que no se ha entregado la póliza al tomador y que por tanto el contrato de seguro no es válido, ya que la forma escrita y la póliza no son elementos esenciales del contrato de seguro, sino que cumplen una función probatoria de la existencia del contrato y de sus condiciones. Sin embargo, pueden utilizarse otros medios de prueba de la existencia del contrato como puede ser la entrega de la carta por la aseguradora. En otras ocasiones se han admitido otros medios de prueba como la solicitud firmada por el agente con justificante de pago de la prima.

Otra cosa distinta es que en alguna modalidad de seguro la entrega de la póliza sí deba considerarse como un elemento esencial. Tal es el caso del seguro marítimo al regular el art. 737 Ccom que para ser válido el contrato de seguro habrá que constar por escrito en la póliza firmada por los contratantes.

Teniendo en cuenta el contenido mínimo de la póliza exigido por el art. 8 LCS, hagamos el contraste con la potencial divergencia que exista con la proposición o propuesta de seguro. Es ésta un documento emitido por la compañía aseguradora en respuesta a la solicitud de un potencial tomador y en el que debe constar el ofrecimiento de cobertura y la propuesta económica que corresponda, siendo vinculante para la entidad durante 15 días. Se puede pactar que los efectos del seguro se retrotraigan al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición. En el caso del seguro de automóviles, la solicitud diligenciada por la entidad aseguradora o su agente autorizado o la proposición aceptada por el tomador causan los efectos de cobertura del riesgo asegurado (esto es, suponen un seguro provisional) hasta los límites del seguro de responsabilidad civil durante el plazo de 20 días. Es importante dejar sentado el carácter de oferta y por tanto vinculante que tiene la proposición de cara al asegurador. Así lo deja fijado el art. 6 LCS: “[...] La proposición de seguro por el asegurador vinculará al proponente durante un plazo de quince días”.

Además, debe tenerse en cuenta que la proposición de seguro es una verdadera oferta de seguro que dirige la entidad aseguradora a un potencial tomador, con la intención de celebrar un contrato de seguro una vez que el tomador acepte. Como la oferta es completa, y está integrada por todos los elementos esenciales del contrato que se quiere concluir, esa oferta obliga a la entidad aseguradora por un plazo de 15 días o el plazo mayor que a se comprometa la entidad en la oferta realizada. Es decir, si se recibe una oferta o proposición de seguro por parte de una compañía aseguradora o sus agentes, esa oferta no puede ser retirada o no cumplida, ni sus condiciones modificadas durante un plazo de 15 días o el plazo mayor a que se haya comprometido la entidad. Si se acepta dicha oferta dentro de ese plazo, el contrato de seguro se habrá concluido y será válido. Cuando se formalice la póliza, en caso de que se haya aceptado la oferta, lo más recomendable es comprobar que el contenido de la póliza coincide con el contenido de la proposición y, si existen discrepancias, solicitar la modificación de la póliza en el plazo de un mes desde que se reciba la póliza. Esto es importante, ya que, si no se hace, y el contenido de la póliza

es distinto del contenido de la proposición, transcurrido dicho plazo de un mes, el contenido de la póliza será el que prevalezca.

Efectivamente, la propuesta del asegurador sí es una oferta y como tal es irrevocable durante el plazo de 15 días o cualquier otro superior que fije el proponente. Pasado el plazo, si no ha sido aceptada por el potencial tomador, pierde sus efectos.

La proposición se realizará por escrito, tras la declaración del riesgo, y su contenido no puede ser diferente de la póliza, según el art. 8. Igualmente debemos recordar que del art. 3 LCS se desprende la posibilidad de que tal propuesta no exista.

En todo caso, de conformidad con el art. 8, en su último párrafo, si el contenido de la póliza difiere de la proposición, el tomador dispone de un mes desde la entrega de la póliza para reclamar al asegurador la subsanación de las divergencias existentes, dándose preferencia a la voluntad previamente manifestada en la proposición en caso de que se presente el reclamo²⁷¹. Pasado el plazo sin reclamar, el contenido de la póliza prima sobre el de la proposición. Es importante resaltar que este derecho reconocido a favor del tomador debe ser insertado en toda póliza del contrato de seguro, por mandato expreso del art. 8 LCS²⁷².

²⁷¹ En este mismo sentido M.L. APARICIO GONZÁLEZ, “Consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de la póliza del contrato de seguro”. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Coordinado por J. L. IGLESIAS PRADA, Madrid, Civitas, 1996, p. 2738.

²⁷² Probablemente la LCS usó como referencia el Art. 12 de la Ley Argentina, que establece, “Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza. Esta aceptación se presume sólo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho, por cláusula inserta en forma destacada en el anverso de la póliza. La impugnación no afecta a la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindir el contrato a ese momento”. Nótese su carácter más proteccionista en comparación con la LCS, al exigir que la cláusula no sólo sea inserta en la póliza, sino “*de forma destacada*”. A su vez I. HALPERIN y J. C. MORANDI, *Seguros*, I, 2ª ed. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 345, señalan que la Ley argentina se ha inspirado en el Art. 5 de la Ley alemana, cuyo alcance es en buena parte diverso.

Incluso en el evento de que el tomador haya firmado la póliza que contiene divergencias con la proposición de seguro, el plazo de reclamo de un mes hace las veces de período de reflexión en el que puede comunicar si acepta o no las modificaciones efectuadas, y su firma no puede por sí sola dilucidarse como prueba de su consentimiento a la alteración del contrato dentro de ese período²⁷³. Me inclino a pensar que el período de reflexión también le reconoce al tomador la facultad de desistir de la totalidad del contrato ante la efectiva discrepancia existente si lo considera necesario.

²⁷³ En concordancia se expresa J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato de seguro, Interpretación de las condiciones generales*. Granada, Comares, 1993 p. 143 y 144, aunque indica que el plazo es excesivamente corto, en especial porque las divergencias suelen percibirse por el tomador del seguro cuando se produce el siniestro. No comparto esta opinión porque reconocer un período de reflexión aún mayor implica la posibilidad de que la buena fe con la que se presumen las actuaciones del tomador se desnaturalice.

III. Peculiaridades de los contratos formalizados a distancia y por vía electrónica

1. Marco regulador

El desarrollo tecnológico influye en la formación de los contratos. Las redes telemáticas permiten establecer relaciones descontextualizadas jurídicamente relevantes. En este entorno es fácil comprender que las cláusulas no negociadas individualmente o predispuestas por operadores económicos son las prácticas más habituales en la contratación electrónica²⁷⁴. De ahí la necesidad de que la legislación sobre comercio electrónico comporte el reforzamiento de dos principios: la protección de los intereses de los destinatarios de servicios, de un lado, y el más tradicional principio de la protección de los intereses de los consumidores, de otro²⁷⁵.

La enorme repercusión que está teniendo la contratación electrónica (Internet, para mayor precisión) en los mercados financieros en general, y en el mercado asegurador en particular, ha colocado a los contratos de seguro a la vanguardia de los servicios de la sociedad de la información. El resultado es un auténtico supermercado financiero en la red, que implica la necesidad de implementar normas de protección de los asegurados. El nuevo art. 6 bis LCS, posee la siguiente redacción²⁷⁶:

“1. El tomador de un contrato de seguro celebrado a distancia, distinto del seguro sobre la vida, que sea una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia, tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna, siempre

²⁷⁴ F. SARDINA VENTOSA, *La contratación electrónica del seguro de vida*, Madrid, Dykinson, 2000.

²⁷⁵ F. BENITO OSMA, “El contrato de seguro se electrifica”, *Derecho de los Negocios*, 2004, nº 163, pp. 15–18.

²⁷⁶ Añadido a la LCS por el Art. 2.1 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

que no haya acaecido el evento dañoso objeto de cobertura, dentro del plazo de 14 días, contados desde la fecha de celebración del contrato o desde el día en que el tomador reciba las condiciones contractuales y la información exigida por el artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, si esta fecha es posterior.

Lo anterior no será de aplicación a los contratos de seguros de viaje o equipaje de una duración inferior a un mes, a aquellos cuyos efectos terminen antes del plazo al que se refiere el apartado anterior, ni a los que den cumplimiento a una obligación de aseguramiento del tomador.

2. La facultad unilateral de resolución del contrato deberá ejercitarse por el tomador mediante comunicación dirigida al asegurador a través de un soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar constancia de la notificación. Esta comunicación se hará de acuerdo con las instrucciones que el tomador haya recibido de conformidad con lo previsto en el apartado 3 del artículo 60 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. La referida comunicación deberá expedirse por el tomador del seguro antes de que venza el plazo indicado en el apartado anterior.

3. A partir de la fecha en que se expida la comunicación a que se refiere el apartado anterior cesará la cobertura del riesgo por parte del asegurador y el tomador del seguro tendrá derecho a la devolución de la prima que hubiera pagado, salvo la parte correspondiente al período de tiempo en que el contrato hubiera tenido vigencia. El asegurador dispondrá para ello de un plazo de 30 días a contar desde el día que reciba la comunicación de rescisión”.

La Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, y mediante la que se transpone al ordenamiento jurídico español un aspecto de la Directiva 2002/65/CE de 23 de septiembre de 2002 “relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores”, asimismo da nueva redacción al art. 83 a) LCS, estableciendo que el tomador de seguro en un contrato de seguro individual de duración superior a seis meses que haya estipulado el contrato sobre la vida propia o la de un tercero tendrá la facultad unilateral de resolver el contrato sin indicación de los motivos y sin penalización alguna dentro del plazo de 30 días siguientes a la fecha en la que el asegurador le entregue la póliza o documento de cobertura provisional. Cuando el contrato se haya celebrado a distancia, el plazo se contará a partir de la fecha en la que se

informe al tomador de que el contrato se ha celebrado. Se exceptúan de esta facultad unilateral de resolución los contratos de seguro en los que el tomador asume el riesgo de la inversión, así como los contratos en los que la rentabilidad garantizada esté en función de inversiones asignadas en los mismos.

En lo relativo a la comunicación al asegurador por parte del tomador para resolver unilateralmente el seguro, y la fecha a partir de la cual cesa la cobertura del riesgo y devolución de la prima no consumida, es idéntico a lo recogido en el art. 6 bis transcrito.

De lo anterior se deduce que la facultad unilateral de resolución del contrato por parte del tomador en los seguros distintos de vida, sólo se podrá ejercer en los contratos celebrados a distancia. Mientras que dicha facultad en los seguros de vida individuales puede ejercerse no sólo en los contratos celebrados a distancia sino también en los que no se celebran a distancia.

Asimismo, de acuerdo con la disposición adicional primera LCS, introducida por la Ley 34/2003, siempre que se requiera que el contrato de seguro sea por escrito, se entenderá cumplido el requisito, si el contrato se contiene en papel o soporte duradero que permita almacenar la información de modo que pueda recuperarse fácilmente y permita su reproducción sin cambios, como los disquetes informáticos, CD, DVD, USB y discos duros de ordenador.

Finalmente, la Ley 34/2003 introduce a través de las disposiciones adicionales segunda y tercera LCS la celebración de contratos de seguro a distancia y contratación electrónica. Definiendo la disposición adicional segunda la contratación a distancia como aquella técnica de comunicación que permite celebrar un contrato de seguro entre el asegurador y el tomador sin que exista una presencia física simultánea de las partes.

A su vez en la disposición adicional tercera se recoge que la contratación electrónica de los contratos de seguro se sujetará a la normativa específica del contrato de seguro y a la legislación sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En los siguientes apartados daremos repaso a las particularidades que presenta el revolucionario sistema de contratación electrónica del seguro a través de Internet.

2. Régimen jurídico del comercio electrónico y de la contratación electrónica del contrato de seguro (regulación modelo y normativa comunitaria)

A) Marco internacional: Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico.

Con el doble propósito de facilitar la utilización del comercio electrónico y de reconocer la equivalencia funcional de los mensajes electrónicos, la UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) ha elaborado una Ley Modelo sobre Comercio Electrónico²⁷⁷, aprobada por la Resolución 51/162 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 85ª sesión plenaria, de 16 de diciembre de 1996²⁷⁸. Para hacer más fácil su incorporación en la normativa de los distintos Estados, a la Ley se adjunta una Guía para la adopción de la Ley Modelo en el Derecho Interno.

Uno de los principios inspiradores de la Ley Modelo es el de *equivalencia funcional*, según el cual el mensaje electrónico es un documento que merece la misma consideración y tiene el mismo valor probatorio que los escritos, siempre y cuando sea posible materializar su contenido en papel escrito. Este principio se ha plasmado igualmente en España, en la Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, que será analizada en este capítulo. Con relación a este tema, la Jurisprudencia española ha sido contundente, al pronunciarse

²⁷⁷ Puede consultarse en: <http://www.un.or.at/uncitral>. Entre los países que han elaborado leyes adaptadas a las prescripciones de la Ley Modelo se encuentran Singapur (Electronic Transactions Act, 1998), la República de Corea (Basic Law on Electronic Commerce, 1999) y el Estado de Illinois en Estados Unidos de América (Electronic Commerce Security Act, 1998).

²⁷⁸ También se ha aprobado la Ley Modelo para las firmas electrónicas y su guía en la 727 sesión del plenario de la Comisión, celebrado el día 5 de julio de 2001.

en contra de que el concepto de documento se limite exclusivamente a los soportes escritos, dándole cabida a las nuevas estructuras tecnológicas.²⁷⁹

Otros aspectos fundamentales que trata la Ley Modelo son los relativos al tiempo y lugar de perfección de los contratos electrónicos, a la autoría del mensaje y su autenticidad, y a la eficacia probatoria del documento electrónico.

Constituida como uno de los principales puntos de referencia a nivel internacional, la Ley Modelo ha sido descrita como el primer ejemplo de un texto legislativo que regula en su conjunto el comercio electrónico²⁸⁰.

B) Directiva sobre comercio electrónico.

El impulso del comercio electrónico a nivel mundial ha sido una primera y obligada consecuencia del gran paso tecnológico que supuso la creación de los sistemas de redes que actuaban en sectores avanzados tecnológicamente en forma de circuito cerrado interempresarial y, seguidamente, con el sistema de red abierta Internet. Como resultado, en el resto del mundo, incluyendo a la propia UE, se ha vivido un mismo fenómeno de amplificación y extensión de los mercados reales. La

²⁷⁹ Vid. STS de 30 de noviembre de 1981, “Si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un escrito [...] ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que sin tener esa condición puedan hacer prueba fidedigna como aquellos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos”; STS de 5 de febrero de 1988 (RJ, 1988, 857), “dichos medios técnicos pueden subsumirse en el concepto mismo amplio, desde luego de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”. Esta postura ha sido ratificada en muchas otras sentencias: SSTS de 19 de abril de 1991, de 24 de marzo de 1994, de 25 de marzo de 1997, y de 3 de noviembre de 1997.

²⁸⁰ E.A. CAPRIOLI y R. SORIEUL, *Le commerce international électronique: ver l'émergence de règles juridiques transnationales*, *Journal de Droit International*, nº 2, 1997, p. 368. Por su parte, R. ILLESCAS ORTIZ en *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 40, se refiere a ella con frecuencia y señala que constituye “el primer gran texto jurídico —sistemático y completo, nacional o uniforme— que formula una disciplina integral del CE cuyo reconocimiento y utilidad no cesa de ser comprobados con regularidad”.

Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico)²⁸¹, tiene como objetivo, según consagra su art. 1.º, “contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros”²⁸².

En su art. 1.2 establece la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales, suprimiendo las barreras que obstaculizan la prestación de servicios en línea, y señala los temas fundamentales que se regulan a través de la Directiva: determinación del lugar de establecimiento de los prestadores de servicios, comunicaciones comerciales, contratos por vía electrónica, responsabilidad de los intermediarios, y aplicación de las reglamentaciones existentes²⁸³.

La Directiva reconoce y otorga importancia capital a la protección de los consumidores, exigiendo que el prestador de servicios permita a los destinatarios y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente a un mínimo de datos sobre la identidad y lugar de establecimiento del prestador, sobre la comunicación comercial de un

²⁸¹ DOCE, nº L 178, de 17 de julio de 2000.

²⁸² El concepto de servicios de la sociedad de la información incluye todo “servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición individual de un receptor de servicios” (considerando 17 de la Directiva sobre comercio electrónico).

²⁸³ Un postura crítica a la Directiva se encuentra en la obra de L. GRYNBAUM, “La Directive “commerce électronique” ou l’inquietant retour de l’individualisme juridique”, *JCP*, nº 41, 2001, pp. 1617 ss., quien apunta que se trata de un texto excesivamente ambicioso, en el que, sin embargo, no se define con claridad qué debe entenderse por comercio electrónico o por contrato electrónico, y en el que se instaura una excesiva libertad contractual y se parte de una presunción de no responsabilidad de los prestadores de servicios.

sitio web y sobre la celebración de contratos, permitiéndoles así contar con mayor información²⁸⁴.

Con respecto a los contratos de seguro prestados a través de internet, la Directiva posee un carácter cumulativo, de manera que su aplicación se produciría para complementar las directivas existentes relativas a la materia, incluida la Directiva sobre la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

C) Directiva sobre firma electrónica

Los requisitos de utilizar documentos escritos y firmas autógrafas son dos de los principales obstáculos que en la Directiva sobre comercio electrónico se planteaba la necesidad de evitar y superar. Para el cumplimiento de este objetivo ha sido fundamental la aprobación de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre un marco comunitario para la firma electrónica²⁸⁵. En su Exposición de Motivos (considerando 17), la Directiva indica que no pretende armonizar las legislaciones nacionales en materia de contratos, en especial en lo que hace referencia al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma. Su objetivo es contribuir al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad, estableciendo una normativa armonizadora dirigida a evitar los posibles obstáculos derivados de legislaciones nacionales divergentes.

²⁸⁴ No obstante, ha llegado a decirse que es demasiado proteccionista con el consumidor (M^a D. GRAMUNT FONBUENA, “Hacia la regulación del comercio electrónico (aproximación a la Directiva 2000/31/CE, sobre el Comercio Electrónico)”, *Carta Mercantil*, nº 16, 2000, p. 2).

²⁸⁵ Aprobada el 13 de diciembre de 1999 y publicada en el DOCE, nº 13, de 19 de enero de 2000, Documento 399L0093.

D) Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores

A escala de la UE, el largo camino hacia la construcción de un mercado único de los servicios financieros en la Unión Europea experimentó un gran avance con la publicación de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002²⁸⁶, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Tras el Informe del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social, la Comisión emitió su Comunicación, “Servicios financieros: reforzar la confianza del consumidor. Medidas de seguimiento de su Libro Verde sobre “servicios financieros; cómo satisfacer las expectativas de los consumidores”²⁸⁷, en la que señala que lo que se requiere es tanto un cambio de actitud, cuanto un programa legislativo específico, proponiendo a este respecto, entre otras, una Directiva en materia de venta a distancia de servicios financieros.

La Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, fue finalmente aprobada como Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CE del Consejo y las Directivas 97/7/CEE y 98/27/CE y 98/27/CE.

Por su parte, el 9 de octubre de 2004 fue la fecha límite para que España y el resto de Estados miembros de la Unión Europea incorporaran a sus respectivos ordenamientos jurídicos las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para transponer y dar cumplimiento a la Directiva, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁸⁸.

²⁸⁶ Texto de la Directiva publicado por el DOCE el 9 de octubre de 2002.

²⁸⁷ COM (197) 309 final (26 de junio de 1997).

²⁸⁸ Hubo que esperar casi tres años más, hasta que finalmente España promulgó la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

La Directiva formó parte del Plan de Acción de la Unión Europea para conseguir la unificación de los mercados financieros comunitarios. Su objetivo era conseguir un alto nivel de protección de los consumidores, estableciendo un marco jurídico armonizado y adecuado para los contratos a distancia en materia de servicios financieros (incluidos los contratos de seguro), que pueda aumentar la confianza en la utilización de medios telemáticos para tales propósitos.

Tal y como establece su art. 1.º la Directiva tiene por objeto aproximar las legislaciones nacionales en materia de comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores. En cuanto a la delimitación de su ámbito de aplicación, la norma detalla una serie de conceptos, tales como el de “contrato a distancia”, que define como *“cualquier contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para este contrato, utilice exclusivamente una o varias técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato”* (art. 2.A). Esta definición se ajusta a la que contiene la Directiva 97/7, basándose ambas en la existencia de un sistema organizado, lo cual excluye los servicios prestados de forma ocasional o esporádica.

La DCDSF establece una serie de medidas destinadas a proteger a los consumidores, entre las que destacan los deberes de información precontractual y el derecho de rescisión. La Comisión consideró, como puede verse plasmado en la Directiva, que se protegía de mejor manera a los consumidores garantizando el derecho a recibir una información completa sobre los servicios ofertados y el proveedor, antes de la conclusión del contrato, estableciendo un contenido mínimo obligatorio de datos.

En lo que respecta al derecho de rescisión, la Directiva establece un plazo general de 14 días, ampliable a treinta días en el caso de contratos relacionados con seguros de vida y jubilaciones personales de la Directiva 90/619/CE. La finalidad de este derecho es compensar la falta de información y de oportunidad de reflexión a la que se ve sometido el

consumidor en la contratación a distancia²⁸⁹ al concederle una segunda oportunidad de decidirse sobre la compra del producto o adquisición del servicio, permitiéndole finalizar la obligación existente sin necesidad de justificar el motivo y sin penalización²⁹⁰.

Otra serie de garantías para los consumidores son estipuladas en la Directiva, como la prohibición de servicios no solicitados, la regulación de las comunicaciones comerciales y estableciendo parámetros en torno a la solución de disputas por vía judicial y extrajudicial.

Pero poder determinar con certeza qué personas y en ejercicio de qué actividades pueden considerarse consumidores reviste una importancia capital a efectos de proteger los intereses jurídicos de quienes celebran contratos de seguro a través de medios electrónicos. Al celebrar un acto jurídico con el estatus de consumidor, el ciudadano está protegido por un conjunto de derechos básicos e irrenunciables, dada su posición de inferioridad frente a su contraparte contractual; el empresario o proveedor de bienes o servicios. A su vez la relación subjetiva no puede desvincularse del alcance de los servicios financieros que regula la Directiva Comunitaria 2002/65, de 23 de Septiembre.

Los servicios financieros, cuyo desglose fue establecido por la Propuesta inicial de Directiva de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores a través de una lista indicativa de estos servicios²⁹¹, considerados los más comunes y que son los que a continuación se desglosan: 1.- Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables. 2.- Actividades de préstamo, en particular, créditos al consumo y créditos hipotecarios. 3.- Arrendamiento financiero. 4.-

²⁸⁹ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Art. 44. Derecho de desistimiento". En AAVV, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 716.

²⁹⁰ Este derecho es reconocido tanto en el Derecho comunitario como en el nacional, aunque su denominación varía en las distintas disposiciones, "resolución" (Directiva 97/7 y RD 1906/1999), "desistimiento" (LOCM, Ley 26/1991, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles y Ley 50/1980, del Contrato de Seguro) o "rescisión" (DCDSF).

²⁹¹ Documento 598 PC 0468. DO, nº C 385, de 11 de diciembre de 1998, Anexo.

Transferencias monetarias, emisión y gestión de medios de pago. 5.– Operaciones de divisas. 6.– Garantías y compromisos. 7.– Recepción, transmisión y/o ejecución de instrucciones y prestación de servicios relativos a los instrumentos financieros siguientes: a) Instrumentos del mercado monetario; b) títulos negociables; c) organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios y otros sistemas de inversión colectiva; d) contratos de futuros y opciones; e) instrumentos basados en el tipo de cambio y el tipo de interés. 8.– Gestión de carteras y asesoría en materia de inversiones relativas a cualquiera de los instrumentos mencionados en el numeral anterior. 9.– Conservación y gestión de títulos. 10.– Servicios de alquiler de cajas de seguridad. 11.– Seguros distintos del de vida. 12.– Seguros de vida. 13.– Seguros de vida vinculados a fondos de inversión. 14.– Seguros de enfermedad, a largo plazo, no rescindibles (*permanent health insurance*). 15.– Operaciones de capitalización. 16.– Regímenes de jubilación individuales.

Con el ánimo de evitar dificultades hermenéuticas con relación a cualquier servicio no indicado en la Propuesta inicial, la Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, aplicable a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (en adelante, DCDSF) alteró sustancialmente la noción de servicios financieros al eliminar el Anexo que contenía la lista de tales servicios y reemplazarla por una noción simplificada. Para la Directiva los servicios financieros son “todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión y de pago”.²⁹²

Con respecto a este tema, la Doctora NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, profesora titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante, afirma que “... la ausencia de referencia a qué debe entenderse por “banca”, seguro, inversión y pago, puede dar igualmente a problemas de delimitación, ante el posible carácter “no financiero” de algunos tipos de seguros e incluso de algunos servicios bancarios. Piénsese, por ejemplo, en

²⁹² Art. 2.b) DCDSF. DOCE, nº L 271, de 9 de octubre de 2002, p.19.

los seguros de responsabilidad civil de vehículos de motor o el servicio de cajas de seguridad”.²⁹³

La ausencia de carácter financiero que para la profesora FERNÁNDEZ PÉREZ manifiestan algunos tipos de seguros (caso que nos atañe) y servicios bancarios no me parece razón suficiente para pensar en que sean excluidos de la noción genérica de servicios financieros, debido a que se realizan o prestan en el contexto de un mercado financiero, es decir, que pueden ser incluidos atendiendo al enfoque subjetivo del prestador del servicio y como parte de aquel especializado tráfico mercantil²⁹⁴.

El nuevo concepto de servicio financiero aportado por la DCDSF resulta, a mi parecer, excesivamente amplio, sobre todo si se tiene en cuenta que la complejidad y alto grado de especialización de la contratación electrónica de servicios financieros ameritaba que el Derecho comunitario tuviera normas específicas en esta materia. En mi opinión, la fórmula más acertada habría sido mantener el listado contenido en el Anexo de la Propuesta inicial de Directiva, pero convirtiéndolo en un sistema de números abiertos, de manera que cualquier otro servicio afín o análogo del mercado financiero tuviera la posibilidad de quedar incorporado. Se trata simplemente de no pasar por alto que aunque algunos servicios financieros tienen siglos de antigüedad, la mayor parte de ellos, de una u otra forma, evolucionan y se adaptan a las nuevas circunstancias del mercado, repercutiendo en nuevas modalidades y sistemas de negociación.

En España, por su parte, el Tribunal Constitucional ha definido el sistema financiero como “el conjunto de instituciones, entidades y operaciones a través de los cuales se canaliza el ahorro hacia la inversión, suministrando (oferta) dinero y otros medios de pago para financiar las actividades de los operadores económicos (demanda)”²⁹⁵. De esta sencilla

²⁹³ N. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La contratación electrónica de servicios financieros*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p.144.

²⁹⁴ D. A. SANDOVAL SHAIK, “Contratación Electrónica de Servicios de Inversión: Análisis desde la perspectiva del Derecho Español”. En S. CUADRA (dir.): *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, Nº 18, Madrid, Julio 2006, p. 27.

²⁹⁵ STC 133/1997, de 16 de julio.

definición aportada por el Tribunal Constitucional, aunado a la categorización del seguro como parte de los servicios financieros que forman parte del ámbito de protección de la DCDSF, podemos colegir que al asegurado, en tanto sea considerado como destinatario de los servicios financieros a distancia con carácter de consumidor, le es de aplicación el marco de garantías y de protección que establece esta Directiva, cuyo objetivo es generar una confianza cada vez mayor de los consumidores en realizar contratos tanto a nivel nacional como internacional, siendo estos últimos cada vez más habituales por medio de las nuevas tecnologías y medios informáticos.

El concepto de consumidor que reconoce la DCDSF, en consonancia con la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, es el siguiente: “toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional” (art. 2.d). Como podemos apreciar a lo largo de este trabajo, dependiendo de la fuente normativa consultada, ya sea interna o internacional, general o sectorial, existen diversas definiciones de lo que debe entenderse por consumidor. Afortunadamente el asegurado, como parte débil y destinatario final de la relación contractual no se ha visto excluido del ámbito de protección de ninguna de las normas relacionadas a la protección del consumidor.

3. Ordenamiento español complementario a la Ley 34/2002, de 4 de noviembre

A) Ley 34/2002, de comercio electrónico

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) fue elaborada a partir de los trabajos preparatorios de la actual Directiva sobre comercio electrónico.

La libertad de forma en los contratos característica del Derecho español, tenía que encontrar pleno asidero y aceptación en un mundo tecnológico completamente nuevo. Los Estados europeos debían preparar sus marcos

legislativos nacionales para dar aceptación y reconocimiento a la nueva situación sin las barreras heredadas de las anteriores normas reguladoras de la contratación. Conseguir una garantía de la seguridad jurídica tenía que partir de una exposición de cuáles son las principales normas que rigen la contratación en el comercio electrónico, y ello lo debía exponer la nueva Ley de 2002. Por esa razón, la Ley española de Comercio Electrónico, que ha transpuesto la Directiva, realiza una reseña sustancial en cuanto a cuál es la legislación nacional básica al respecto en materia de contratos, de forma que no se produzca ninguna laguna legal, y puedan utilizarse para cada caso las diferentes normas, de forma complementaria.

Al igual que la Directiva que le sirvió de referencia, la Ley de comercio electrónico tiene un amplio ámbito de aplicación, al regular el régimen de establecimiento e información de los prestadores de servicios, la contratación por vía electrónica, las comunicaciones comerciales, responsabilidad de los prestadores de servicios, los códigos de conducta, resolución judicial y extrajudicial de conflictos y las infracciones y sanciones (art. 1.1).

La crítica de algunos aspectos de esta Ley va dirigida principalmente a la poca precisión con la que el legislador trata conceptos fundamentales para el mejor devenir del comercio electrónico, tales como los de prestador de servicios, la neutralidad tecnológica y la buena fe²⁹⁶.

B) Ley 59/2003, de Firma Electrónica

El marco general de regulación del comercio electrónico incluye la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, de firma electrónica, en la que se da pleno reconocimiento a la firma digital, al atribuir el mismo valor jurídico a la

²⁹⁶ Una serie de reglas básicas aplicables al comercio electrónico han sido propuestas por un importante sector de la doctrina y han ido incorporándose a la normativa europea. La equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos, la inalteración del derecho preexistente de contratos, la neutralidad tecnológica de las disposiciones que regulan el comercio electrónico, la exigencia de buena fe y la libertad de pacto son las reglas propugnadas. *Vid.* R. ILLESCAS ORTIZ. *op.cit.*, p. 36.

firma electrónica avanzada que a la firma manuscrita con respecto a los datos registrados en papel, reconociendo además su admisibilidad probatoria.

La prestación al público de servicios de certificación, encargados de emitir estas firmas, también es regulada por la Ley de Firma Electrónica. Estas disposiciones no implican la alteración de las normas de formalización, validez y eficacia de los contratos.

Algunos países como España, Alemania, Portugal e Italia han legislado sobre el uso de la firma electrónica con anterioridad a la Directiva²⁹⁷. En España, el proceso de adopción de esta norma tuvo dos peculiaridades: Se hizo con una mínima antelación a la aprobación de la Directiva sobre firma electrónica, y el instrumento utilizado, el Decreto–Ley, cuando las razones de urgencia que supuestamente habían ameritado su utilización fueron muy discutidas. Fue así como se promulgó el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre.

En desarrollo del mismo, se publicó la Orden Ministerial de 21 de febrero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación, y certificación de determinados productos de firma electrónica. La reforma del Real Decreto–Ley tuvo como resultado la comentada Ley 59/2003 de 19 de diciembre.

C) Ley 7/1988, sobre Condiciones Generales de la Contratación

La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) consagra en su art. 5.3º los casos de contratación

²⁹⁷ En Italia se aprobó La Ley nº 59, de 15 de marzo de 1997, desarrollada por el Regolamento contenente i criteri e le modalità per la formazione, l'archiviazione di documenti con strumenti informatici e telematici (Decreto nº 513, de 10 de noviembre de 1997). En Alemania se aprobó el 13 de junio de 1997 una Ley que establece las condiciones generales para los servicios de comunicación e información, que contiene distintas leyes, como la Ley sobre utilización de teleservicios, la de protección de datos personales utilizados en los teleservicios, la Ley de firma digital, así como una serie de normas sobre distintos aspectos del comercio electrónico, como los derechos de autor, modificadas parcialmente por la Ley sobre Comercio Electrónico.

electrónica o telefónica, estableciendo que la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato deberá constar en los términos establecidos reglamentariamente, sin necesidad de firma convencional. Se enviará al consumidor justificación escrita del contrato celebrado de forma inmediata, indicando todas las condiciones del mismo.

En desarrollo del art. 5.3º LCGC se expide el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. En su art. 1.º señala que su ámbito de aplicación se extenderá a “los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación”, entendiéndose por tales las contenidas y definidas en la LCGC y sin perjuicio de las normas contenidas en el la Ley 59/2003 de 19 de diciembre, sobre Firma Electrónica.

Entre sus excepciones están (art.1.3) “los contratos referidos a servicios financieros de inversión, instituciones de inversión colectiva, seguro y reaseguro, bancarios o prestados por entidades sujetas a supervisión prudencial, relativos a fondos de pensiones y operaciones a plazo y de opción...”. Sin embargo, para los contratos de seguro perfeccionados por vía electrónica, al igual que para el resto de los supuestos planteados, la norma establece la obligación de que quede constancia documental de la contratación celebrada, sea en forma escrita, o a través de registros informáticos o magnéticos, atendiendo a la legislación específica. En el caso de no existir tal constancia, se enviará de forma inmediata al consumidor justificación escrita del contrato celebrado, donde aparecerán todos los términos del mismo. Esta exigencia que impone a la empresa aseguradora resultó de gran utilidad para la protección de los derechos de los asegurados hasta que se produjo la trasposición de la DCDSF mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en base a la cual los asegurados consumidores disponen de un mayor nivel de protección, en especial en las materias de información previa y derecho de rescisión.

IV. Prohibición de uso de cláusulas lesivas en el contrato de seguro

1. Concepto de cláusula lesiva

El art. 3 LCS comienza diciendo: “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados...”. Las cláusulas lesivas, por lo tanto, son siempre inválidas o ineficaces por considerarse prohibidas por la Ley.

Pero por qué el art. 3 LCS se muestra tan categórico en la prohibición del uso de unas cláusulas que ni siquiera tiene el acierto de definir o catalogar? Tal vez porque podría considerarse, tal como en el siguiente apartado tendremos oportunidad de detallar, que las cláusulas lesivas no son otra cosa que las cláusulas abusivas equiparables del contrato de seguro²⁹⁸.

En términos generales una cláusula es lesiva, en palabras de F. SÁNCHEZ CALERO, es aquella que crea «una situación perjudicial o dañosa para el asegurado, por ser “abusivas”, “inicias”, “desproporcionadas” o “injustas” y, aún cuando no vulneren ningún precepto de Derecho imperativo, sean contrarias de forma relevante, según se ha indicado, a los principios de buena fe y de justo equilibrio en las prestaciones»²⁹⁹.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado como cláusula lesiva aquella que condiciona la cobertura de la responsabilidad civil a que tanto el hecho dañoso, como la reclamación del tercero perjudicado, como la puesta en conocimiento de ambas circunstancias a la compañía aseguradora, tengan lugar dentro del período de vigencia de la póliza³⁰⁰.

²⁹⁸ En sentido contrario se expresa J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, “Actividad aseguradora y contrato de seguro”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, p. 50, quien estima que el derecho específico de las cláusulas abusivas no debe aplicarse al contrato de seguro.

²⁹⁹ F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* p. 100.

³⁰⁰ SSTs de 20 de marzo de 1991 (Ar. 2267) y de 23 de abril de 1992 (Ar. 3323).

También puede mencionarse como cláusula lesiva en base a la doctrina del Tribunal Supremo, la que altere la carga de la prueba en perjuicio del asegurado, como por ejemplo, la cláusula que establezca que la prueba de que el siniestro no se ha debido a dolo o culpa grave del asegurado incumbe al propio asegurado³⁰¹.

Aunque el art. 3 LCS incurre en la doble omisión de no definir o establecer criterios para determinar qué es una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados ni tampoco para determinar qué es una cláusula levisa, la prohibición de cláusulas lesivas y su consecuente nulidad es una forma de protección complementaria para el asegurado, por cuanto va más allá de la disciplina imperativa y hace frente a los casos en que se le coloca en una situación de desequilibrio contractual a pesar de no contradecir directamente alguno de los preceptos LCS.

El peligro de la actual noción abstracta (o falta de noción en lo absoluto) de las cláusulas lesivas en la LCS es que le cede demasiado poder de valoración y de hermenéutica al juzgador, dejándole casi a su entera discreción, a falta de norma directamente aplicable, la responsabilidad de calificar instituciones jurídicas de forma análoga.

2. Posibilidad de equiparar las cláusulas lesivas (LCS) a las Cláusulas abusivas (LGDCU)

Con relación a las cláusulas abusivas³⁰², el art. 10 bis LGDCU, según redacción dada por la LCGC³⁰³, establece que: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente, que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

³⁰¹ SSTs de 30 de mayo de 1986 (Ar. 2919) y de 25 de julio de 1991 (Ar. 5419).

³⁰² Denominadas en otros Estados miembros de la Unión Europea como cláusula vejatoria (Arts. 1341 y 1342 Cc italiano) o irrazonablemente gravosa (Arts. 233 y 236 Cc holandés).

³⁰³ *Vid.* Preámbulo de la Exposición de Motivos de la LCGC.

Para la caracterización de una cláusula como abusiva habrá que tener en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerar todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

A continuación, el propio art. 10 bis dispone que “En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta ley”.

Remitiéndonos como corresponde a la disposición adicional primera, ésta recoge una lista abierta de cláusulas abusivas agrupadas en cinco bloques:

Vinculación del contrato a la voluntad del profesional o empresario.

Privación de derechos básicos del consumidor.

Falta de reciprocidad.

Sobre garantías.

Otras.

Las cláusulas abusivas producen un efecto nocivo en los derechos del asegurado que celebró un contrato esperando obtener una ejecución contractual equilibrada en el cumplimiento de las obligaciones, sin la imposición de cargas que jurídicamente no tiene el deber de soportar, y que normalmente corresponden al asegurador. Al ser el contrato de seguro un contrato de adhesión, la parte adherente del contrato no negoció las condiciones contractuales con la compañía aseguradora, le fueron impuestas, y por lo tanto no participó en el establecimiento de estas cláusulas que le imponen cargas excesivas. Los desequilibrios se presentan entonces por la imposición en el clausulado del contrato de cláusulas abusivas que rompen con el equilibrio contractual, y rebasan la delimitación general del riesgo que se realiza para delimitar el objeto del contrato y los riesgos que serán asumidos por la institución aseguradora. Mediante la contratación, donde la compañía aseguradora pauta las condiciones contractuales, se producen desequilibrios que se materializan

en cláusulas cuyos resultados a futuro el adherente no prevé y que en muchas ocasiones no se encuentra en la capacidad de comprender.

Según el art. 3 LCS, el carácter lesivo sólo puede aplicarse a las condiciones generales, no a las particulares. También parece entenderlo así el citado art. 10 bis al referirse a “estipulaciones no negociadas individualmente”. En la medida en que entre las condiciones particulares se encuentren estipulaciones no negociadas individualmente, hay que entender que será de aplicación la LGDCU, aun cuando su disposición adicional segunda admite la prevalencia de la legislación especial si la hubiera, pero dicha legislación en cualquier caso deberá respetar el nivel de protección al consumidor previsto en la Ley General.

Veamos como modelo la siguiente cláusula general de un contrato de seguro:

“El asegurador podrá resolver el contrato en el caso de que los siniestros pagados excedan del doble de la prima satisfecha”.

La cláusula anterior permite al asegurador la facultad de modificar unilateralmente el contrato, lo que puede dar lugar a la existencia en el contrato de una cláusula lesiva.

Por su parte, la disposición adicional primera de la LGDCU señala que, a los efectos previstos en el art. 10 bis (en el que define las cláusulas abusivas), tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

“1.2.^a La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad”.

Analizada la cláusula y la norma de protección al consumidor, debería aplicarse e interpretarse la prohibición de cláusula lesiva del art. 3 LCS integrándose por referencia a la categoría de cláusula abusiva de la LGDCU, de forma tal que la cláusula anteriormente revisada debe también considerarse abusiva y por lo tanto nula.

Naturalmente, la posibilidad de equiparar las cláusulas lesivas, prohibidas aunque no descritas por la LCS con las cláusulas abusivas tipificadas por la LGDCU dependerá exclusivamente de que una de las partes del contrato de seguro sea un consumidor³⁰⁴, y los supuestos en que no lo sea las cláusulas lesivas sólo podrán estipularse como tales en atención a las reglas generales de la contratación, a la buena fe y a la noción de equilibrio entre obligaciones recíprocas³⁰⁵.

³⁰⁴ Para no perder la costumbre del triunvirato normativo que gobierna las condiciones generales de la contratación en los contratos de seguro, el Art. 8.2 de la LCGC limita la aplicación de la categoría de cláusulas abusivas, como factor determinante de la nulidad de las condiciones generales, a los supuestos en que “el contrato se haya celebrado con un consumidor”.

³⁰⁵ Cf. F. J. IZQUIERO ESCUDERO, “Notas a la Ley 7/1.998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”. En *Baylio, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta*, época III, nº 1, 2º trimestre, 1.998, p. 51. Por su parte y en el mismo orden de ideas, V. MAGRO SERVET, “La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En *La Ley*, nº 4.474, de 6 de febrero de 1998, pp. 1–2, considera que “si la existencia de una posición dominante o una cláusula abusiva se diera entre profesionales, éstos deberían acudir a las normas generales de nulidad contractual”.

CAPÍTULO V

CONTROL DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE SEGURO

I. Introducción

El establecimiento de medios de protección de la parte contratante a la que las condiciones generales le vienen dadas es de vital importancia, sobre todo si se encuentra en una posición de debilidad frente a la parte que le presenta el condicionado general, como ocurre en la mayoría de las ocasiones. Esta es una preocupación incesante en la actualidad por parte de los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales, traduciéndose el control de las cláusulas en un importante fenómeno social, económico y jurídico, producto del elevado índice de litigiosidad que surge en esta materia y del interés que despierta en la actual sociedad de consumo³⁰⁶.

En especial, las reclamaciones y demandas de consumidores contra las Compañías de Seguros son las más numerosas de entre todas las que se interponen por consumidores contra empresas, y la gran mayoría de ellas se producen a causa de cláusulas pertenecientes al condicionado general, cuya eficacia se reniega por el asegurado, ya que supone algún tipo de exclusión o disminución de la prestación del asegurador. A esta litigiosidad que nace de reclamaciones directas contra Compañías de Seguros por parte de sus propios asegurados, hay que agregar por ejemplo todos aquellos procesos

³⁰⁶ J.R. FERNÁNDEZ COSTALES, “El control de las cláusulas contractuales abusivas en relación a la responsabilidad por daños y su aseguramiento», en *Inuiria: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Centro de estudios del Seguro, Madrid, nº 3, p. 51, julio–septiembre 1994.

judiciales en que es un tercero el que reclama al causante de unos daños, que tiene concertado un seguro de responsabilidad civil, y la Compañía de seguros opone cláusulas del condicionado de la póliza para evitar ser condenada. De todo esto se observa con claridad la gran problemática social y la gran litigiosidad que surgen como consecuencia de las condiciones generales del contrato de seguro y la necesidad de establecer sistemas de control sobre las mismas³⁰⁷.

Existen tres tipos de controles posibles de las condiciones generales para evitar que se produzca un abuso sobre la parte a la que se le imponen dichas condiciones. Estas tres clases de controles son el judicial, el legislativo y el administrativo. La decisión en cuanto al tipo de control más eficaz para la prevención de los desequilibrios contractuales que puedan causar dichas cláusulas ha sido objeto de debate en muchos Estados, como Alemania, Francia, Italia o España, entre otros.

El control judicial es el que se realiza a través de los juzgados y Tribunales. Se lleva a cabo siempre que se excita la actuación a los órganos jurisdiccionales para buscar la aplicación o interpretación de las cláusulas en un caso concreto. Aunque exista una legislación tuitiva su sola existencia no es suficiente, siendo la corrección por vía jurisdiccional de los abusos provocados por la utilización de los contratos de adhesión y condiciones generales el instrumento esencial e imprescindible para tal fin, ya que la norma y el hecho generador necesitan ser contrastados por la autoridad judicial.

La LCGC ha optado por implantar el sistema de control judicial sobre las condiciones generales. Este control opera *a posteriori*, declarando la validez o nulidad de las condiciones generales, como consecuencia del ejercicio frente a las mismas de acciones individuales por los concretos adherentes o de acciones colectivas ejercitadas por las entidades y

³⁰⁷ A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 31.

organismos competentes para ello. Este sistema es el que mejor se adapta al principio de libertad contractual que inspira el ordenamiento jurídico español y evita el sistema de verificación previa administrativa, mucho más férreo y burocrático.

El control administrativo es el que se efectúa por la Administración Pública, y puede ser, desde el más riguroso de autorización previa, hasta el más benévolo de mera vigilancia. Según los casos, algunas condiciones generales de seguro están sometidas a simple vigilancia, otras requieren previa autorización o aprobación administrativa, llegando incluso a la elaboración por la Administración de ciertas condiciones generales uniformes relativas a ciertos ramos de seguro.

En el Derecho español se puede encontrar un control judicial-administrativo singular, que establece el art. 3 LCS, el cual permite superar los efectos limitados de toda sentencia judicial, llevando la doctrina sentada en ella, siempre que se trate de una sentencia del Tribunal Supremo, a todas las cláusulas idénticas contenidas en contratos de seguro. Pero será la Administración Pública la que, en la práctica, deba verificar que se realice la eliminación de todas las cláusulas idénticas a las que hayan sido consideradas ilegales por el Tribunal Supremo, obligando a las Compañías de seguros a su modificación en todas las pólizas en las que las hayan insertado. Finalmente, existe el control legislativo o legal de las condiciones generales, que es el que se realiza a través de las leyes y reglamentos, estableciendo requisitos de validez y regulando el contenido, aceptación, conocimiento, etc., de las condiciones generales de diferentes maneras, al objeto de proteger a la parte más débil de la relación contractual. El art. 3 LCS establece una serie de controles de las condiciones generales, sobre su contenido, conocimiento y el consentimiento que se les presta.

II. Control *a priori*

1. Requisitos de inclusión de las condiciones generales en la LGDCU

El art. 3 LCS establece, con relación a esta exigencia, que “...Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa...”³⁰⁸, y exigiendo al asegurador la incorporación de las condiciones generales del contrato a la proposición de seguro si la hubiere y a la póliza o al documento complementario³⁰⁹. El requisito de claridad y precisión del condicionado general de los contratos de seguro encuentra una manifestación similar en el art. 10.1º.a) de la LGDCU, cuando dice que uno de los requisitos que han de cumplir las condiciones generales de los contratos en los que participen consumidores es la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa”³¹⁰.

Salta a la vista que existe una finalidad generalizada de que las condiciones generales se caractericen por un elevado grado de transparencia, aunque no es fácil esperar en el caso de los contratos de seguro, por su elevado componente técnico, que sus condiciones generales se caractericen por su “sencillez” en la redacción, motivo por el cual deduzco que el art. 3 LCS intencionalmente optó por no introducir dicho adjetivo entre los requisitos de inclusión de las condiciones generales.

³⁰⁸ Vid. R. ILLESCAS ORTIZ, “El lenguaje de las pólizas de seguro”, en E. VERDERA y TUELLS (dir.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, CUNEF-CSB, 1982, p. 358 ss.

³⁰⁹ Para J.J. ALFARO AGUILA-REAL: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, p. 201, este sistema de procurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del tomador del seguro es de eficacia práctica reducida. Puede que el autor tenga razón, pero en contraste con el sistema del Art. 5.2º LCGC es muy superior y de aplicación privativa para el tomador del seguro no sólo por su carácter de norma sectorial sino por su evidente mayor grado de protección para el asegurado.

³¹⁰ Con relación a esta exigencia Vid. J. DUQUE, “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores”. En *Estudios sobre consumo*, Nº 3, diciembre de 1984, p. 66.

Toda vez que las condiciones generales y particulares complementan a la Ley en la regulación de las relaciones jurídicas derivadas del contrato de seguro, es básico que sean claras y precisas en la redacción, con la finalidad de evitar que sean de difícil comprensión, situación que provocaría con toda seguridad estados de ignorancia e indefensión durante la vigencia del contrato, principalmente cuando se produzca el siniestro³¹¹.

Resulta oportuno traer aquí a colación un importante fallo de la jurisprudencia norteamericana en el asunto *John and Claire Tuepker v. State Farm Fire Casualty Company* (U.S. Court of Appeals for the Fifth

³¹¹ La letra pequeña y el lenguaje demasiado técnico siguen siendo los aspectos que más dificultan a los consumidores la contratación de un seguro. Ésta es una de las conclusiones que se desprende del estudio que ha realizado DKV Seguros dentro de su programa “Lenguaje Claro” entre más de 3.000 consumidores de toda España. Una iniciativa que se emprendió por primera vez hace más de 10 años y que ahora ha vuelto a analizar la percepción de la población hacia el sector asegurador, para saber si ahora los españoles leen más los contratos y los entienden mejor. Y aunque se ha mejorado respecto al anterior estudio, los resultados obtenidos en esta segunda edición reflejan que aún queda trabajo por hacer. Un 85% de la población tiene algún tipo de seguro contratado, pero la mitad de ellos confiesa haber necesitado asesoramiento para entender la póliza. Además, como nos resultan de difícil comprensión, no les prestamos la atención adecuada. Así se desprende del hecho que un 52% de los encuestados reconozca que solamente hace una lectura rápida de los contratos, mientras que un 18% dice no leerlos. Aunque se observa que las cosas han mejorado respecto a 2002, cuando un 55% de la población afirmaba no leer las cláusulas. Los resultados del Estudio “Lenguaje Claro” se han empleado para poner en marcha diversas iniciativas que impulsa DKV Seguros con la colaboración del Consejo de Colegios de Mediadores de Seguros y la Unión de Consumidores (UCE) para que los usuarios conozcan mejor el lenguaje y la terminología empleada en el sector asegurador y, así, facilitarles la tarea a la hora de contratar un seguro. Además se han editado diversos materiales con el objetivo de ayudarles y guiarles en el proceso de contratación de una póliza, para que pueda conocer sus derechos y obligaciones. A partir de las conclusiones de este último estudio realizado en 2010, la compañía también ha elaborado un decálogo sobre el lenguaje claro y se ha revisado por el Consejo General de Colegios de Mediadores de Seguros. Siguiendo todas las sugerencias recogidas, DKV Seguros ha revisado todas las pólizas para cumplir con los principios de transparencia y claridad (http://www.dkvhablaclaro.com/almacen/documentos/Dossier_Lenguaje_Claro.pdf).

Circuit) de 6 de noviembre de 2007³¹², a propósito de los daños ocasionados por el Huracán Katrina. En el fallo se respaldó la excepción de State Farm de daños ocasionados por inundación la cláusula de causalidad de lenguaje anti-coincidente en la mayoría de las pólizas para propietarios de viviendas. La sentencia de instancia había reconocido la excepción de daños ocasionados por inundación pero afirmaba que el lenguaje de la cláusula de causalidad anti-coincidente era ambiguo y no exigible. El Tribunal de Apelación, sin embargo, considera que la póliza era clara. El lenguaje de causa anti-coincidente deja en claro que no hay cobertura cuando un riesgo excluido y un riesgo cubierto contribuyen al mismo daño, sin embargo, el lenguaje de causa anti-coincidente no está implicado en donde hay sólo una causa de daño (por ejemplo inundación) O donde un riesgo excluido (por ejemplo inundación) y un riesgo cubierto (por ejemplo viento) provocan daños independientes en partes diferentes de una propiedad asegurada, (por ejemplo cuando se vuelan las tejas y se inunda el primer piso). El hecho de que se requiera que los aseguradores paguen las reclamaciones no cubiertas por la póliza y por los que no se cobró una prima pone en grave peligro la habilidad de los aseguradores para pagar las reclamaciones futuras por riesgos incluidos en el contrato de seguro.

2. Exigencia de claridad y precisión del condicionado

El art. 5.4º LCGC exige que la redacción de las condiciones generales deberá “ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

A diferencia de la regulación sectorial del contrato de seguro, la LCGC en su art. 5.3º faculta al predisponente y le da diversas alternativas en cuanto a la forma en que puede incorporar las condiciones generales y particulares para los casos en que el contrato no se formalice por escrito, como anunciar las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma,

³¹² En <http://www.statefarm.com/about/hurricane/katrina/pdf/ruling.pdf> se ha redactado un documento de recomendaciones para los mediadores de seguros.

garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

Para los casos de contratación electrónica o telefónica, sin necesidad de firma convencional, requerirán que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas mediante el envío inmediato al consumidor de justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma³¹³.

Una vez repasados los medios establecidos por la LCGC para procurar que el adherente conozca las condiciones generales (al menos a nivel de presunción jurídica), considero que el sistema en vez de ser eficaz y consecuente con el objeto de la LCGC de proteger los intereses de los adherentes como parte débil de la relación contractual, procurando que se produzca el consentimiento informado, es un auténtico guiño a la posición de superioridad contractual del predisponente³¹⁴, porque no hay nada más ilógico que suponer que el consumidor tendrá una posibilidad real de conocer (y mucho menos entender) las condiciones generales a las que se obliga si no es a través de la incorporación del clausulado a un documento escrito que ha de entregársele a la firma del contrato, como sí es el caso del sistema establecido por la LCS.

3. Requisitos especiales para la inclusión de las cláusulas limitativas de derechos del asegurado

A) Conocimiento por el tomador del seguro de las condiciones pactadas

El art. 3 LCS no concede valor normativo a las condiciones generales, incluidas las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, más que cuando se incluyan en la proposición de seguro, en el contrato correspondiente o en un documento complementario, el que se suscribirá por el asegurado, entregándole copia del mismo, y teniendo que ser las

³¹³ Regulado por la Ley 59/2003 de 19 de diciembre.

³¹⁴ Vid. I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coord. R. BERCOVITZ), Pamplona, Aranzadi, 2000, pp.163 ss; quien se expresa fustigador con el régimen del Art. 5 LCGC.

cláusulas limitativas específicamente aceptadas y por escrito por parte del asegurado³¹⁵.

En resumen, la obligación del asegurador es cerciorarse, por mandato de la norma imperativa, de que el tomador del seguro conoce, entiende y rubrica las condiciones pactadas, como manifestación inequívoca de que acepta específicamente las cláusulas limitativas, no siendo suficiente para que le sean aplicables la sola aceptación general del contrato.

¿Qué se entiende por cláusulas limitativas de derechos del asegurado?

De la interpretación del art. 3 LCS se desprende la existencia de cláusulas con distinto grado de validez y eficacia. Así, las cláusulas que vulneren la imperatividad de la Ley, manifestada en el art. 2, serán nulas de pleno derecho. Además, el art. 3 hace referencia a cláusulas lesivas para los asegurados, que también serán nulas. Por último, el mismo precepto se refiere a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, que serán válidas y eficaces si cumplen los requisitos especiales descritos en el apartado anterior, en otro caso, serán igualmente nulas.

Sobre las cláusulas limitativas, el art. 3 establece que: “Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”³¹⁶.

Sin pretender que la LCS sea un diccionario jurídico, el art. 3 omitió establecer al menos un criterio básico para determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, trasladándole a la doctrina y la jurisprudencia la difícil labor de

³¹⁵ *Vid.* STS de 16 de febrero de 1987 (Ar. 1257).

³¹⁶ El Tribunal Supremo, en varias sentencias que parten desde las de 6 de marzo y 25 de mayo de 1985, 18 de septiembre de 1986, 29 de abril de 1991 (RJ 1991, 3067, con nota de F. REGLERO CAMPOS, CCJ, nº 26, 1991) y de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7932), de 12 y 14 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1270), de 8 de junio de 1992 (RJ 1992, 5170), de 2 de julio de 1992 (RJ 1992, 6502) y de 20 de febrero de 1995 (Act. Civ. Nº 19/8–14 mayo 1995, marg. 477), ha sentado de forma unánime que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben ser aceptadas específicamente por escrito.

conceptualizar una de los elementos más polémicos de la interpretación y aplicación de todo contrato de seguro. De una manera simple, las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados pueden definirse como aquellas establecidas por el asegurador para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que se ha producido el riesgo.

Se consideran cláusulas limitativas las incluidas tanto en condiciones generales como particulares. Si bien el artículo literalmente habla de derechos de los asegurados, ha de comprender también a tomadores y beneficiarios. La limitación puede afectar a derechos reconocidos en el propio contrato como a derechos declarados por la Ley. En este sentido las limitaciones no pueden centrarse en normas imperativas, sino que han de referirse al ámbito que deja el Derecho dispositivo a la autonomía de la voluntad.

Las cláusulas limitativas para que sean válidas deben cumplir un doble requisito. Por un lado, destacarse de modo especial, para llamar la atención del tomador en el momento de su adhesión al contrato. Por el otro, ser específicamente aceptadas por escrito. No supone que haya que aceptar una a una cada cláusula limitativa, pero tampoco sirve la suscripción general de todo el contrato. La práctica más reciente de los aseguradores tiende a la suscripción de un documento distinto de las condiciones generales y particulares, donde figuran relacionadas las cláusulas limitativas y la aceptación expresa de las mismas.

El incumplimiento de tales requisitos supone que la cláusula en cuestión es nula de pleno derecho, en aplicación del art. 63 Cc. En principio, la nulidad será parcial, no se extendería a todo el contrato, salvo que se entendiera que ese incumplimiento ha afectado al consentimiento del tomador, en cuyo lugar se podría plantear la acción de anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (arts. 1.300 y 1.301 Cc).

Consideremos de forma hipotética que una entidad aseguradora y un particular negocian (si es que el verbo negociar tiene alguna cabida) en el contrato de seguro de responsabilidad civil la inclusión de las llamadas cláusulas *claims made*, conforme al párrafo segundo del art. 73 LCS para

poner límites temporales a la cobertura. Sin embargo, en el contrato no se aceptan específicamente estas cláusulas.

Teniendo en cuenta que el art. 73 LCS califica estas cláusulas como limitativas requiriendo, conforme al art. 3 LCS ser destacadas de modo especial y la aceptación por escrito, consecuentemente la cláusula será nula al no cumplir con el último requisito, por lo que no existirán límites temporales a la cobertura por parte del asegurador.

Distintas cláusulas de diversa naturaleza se incluyen en el contrato de seguro con la finalidad de limitar los derechos del asegurado. Así por ejemplo y por citar algunos casos, el pacto de desprotección de los bienes de terceros situados dentro del recinto del riesgo asegurado, o establecer que la cobertura no alcanza a las reclamaciones que se dirijan contra el asegurado como presunto responsable en derecho que tengan su causa en esos daños a los bienes localizados en el recinto incendiado, los pactos que minoran la indemnización base convenida en la póliza individual, la exclusión de los gastos de asistencia jurídica, y, en general, cualquier cláusula dirigida a limitar el riesgo asegurado o cubierto por la póliza. El problema es el de si la firma del contrato en general implica la aceptación de estas cláusulas limitativas, que a veces constan en otras condiciones, o incluso dentro del contrato.

La jurisprudencia mayoritariamente ha insistido en una doble consideración. La primera, que no debe confundirse este tipo de cláusulas con aquellas que delimitan el riesgo, y, la segunda, que estas cláusulas limitativas exigen, para su validez, la aceptación no sólo expresa por parte del asegurado, sino también separada y específica³¹⁷. Esta doctrina,

³¹⁷ De este tenor son la STS 28 de mayo de 1999 (*RJA*. 4116), y las SSAP de Madrid, 17 de noviembre de 1998 (*RAJ* 22/1999), de Zamora, 19 de noviembre de 1998 (*RGD*. 656, p. 7018), de Alicante, 22 de enero de 1999 (*ArCiv*. 271), de León, 1 de marzo de 1999 (*RGD*. 663, p. 15715), de León, 28 de mayo de 1999 (*RGD*. 663, p.15721), de Salamanca, 21 de julio de 1999 (*AC@* 531), de Ourense, 13 de diciembre de 1999 (*ArCiv*. 2300), de Asturias, 15 de diciembre de 1999 (*ArCiv*. 2545), de Logroño, 21 de diciembre de 1999 (*RGD*. 669, p. 8832), de Vizcaya, 24 de enero de 2000 (*ArCiv*. 67), de Córdoba, 26 de enero de 2000 (*ArCiv*. 97), de Burgos, 8 de febrero de 2000 (*ArCiv*. 702), de Navarra, 24 de febrero de 2000 (*ArCiv*. 493), de Navarra, 10

bastante pacífica como puede observarse, desarrolla la interpretación del último inciso contenido en el art. 3.1º LCS. Aceptación “expresa”, “separada” y “específica” valen aquí como requisitos para que esas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado superen el control de incorporación y pasen a formar parte del contrato y, por tanto, a vincular a ambas partes.

B) Distinción entre cláusulas limitativas de derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo

El art. 1 LCS, establece que el asegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño causado al asegurado. Parece obvio que la prestación del asegurador depende de la delimitación del riesgo contenida en el contrato, que a su vez es la base de cálculo de la prestación del tomador, es decir, de la prima. En consecuencia, los contratos de seguro contienen cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asumido por el asegurador. En este sentido son cláusulas delimitadoras aquellas que concretan el riesgo asegurado y que, por tanto, configuran y describen cual es el objeto de seguro y las garantías que quedan cubiertas o excluidas del contrato respecto a las cuales el asegurador queda obligado al pago de la indemnización, la reparación u otras prestaciones acordadas en caso de producirse el siniestro.

Un problema jurídico muy común es la dificultad existente en la diferenciación de cláusula limitativa de derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo. No es consecuencia de la variada exégesis jurídica sino de uno de los defectos más criticados del art. 3 LCS, consistente en la no determinación del concepto de cláusula limitativa³¹⁸.

de marzo de 2000 (*ArCiv.* 1112), de Córdoba, 16 de marzo de 2000 (*ArCiv.* 881), de Ourense, 16 de marzo de 2000 (*ArCiv.* 554), y de Ourense, 16 de marzo de 2000 (*ArCiv.* 1149).

³¹⁸ Cfr. R. ILLESCAS ORTIZ, “El lenguaje de las pólizas de seguro”. En *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Dir. Evelio Verdura y Tuells. Tomo I, Madrid, CUNEF-CSB, 1982, p. 363.

En principio la delimitación y concreción del riesgo no supone una limitación de derechos, es decir que las cláusulas delimitadoras no restringen derechos de los asegurados. Dichas cláusulas son distintas de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados a que se refiere el art. 3 LS, que son aquellas que restringen o modifican los derechos de los asegurados a la indemnización una vez que se ha producido el siniestro. Estas cláusulas están sometidas a un régimen especial para dotar a los asegurados de una mayor protección.

El mencionado art. 3 LCS señala que las condiciones generales y particulares del contrato “se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito”. Así pues, las cláusulas limitativas se destacarán de modo especial, lo que exige que la constancia escrita en la póliza debe hacerse de modo que se destaquen dichas cláusulas limitativas sobre la forma común de redactar la póliza, ya sea mediante el uso de una tipografía especial que llame la atención, o porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza.

Otro de los requisitos legales de las cláusulas limitativas es que deberán ser específicamente aceptadas por escrito por el tomador, en la propia póliza en que se contienen las condiciones particulares y generales, o también en otro documento aparte. En ambos casos, el tomador no sólo ha de firmar o suscribir la póliza, sino que también deberá constar una mención expresa a dichas limitaciones, indicando que reconoce haber leído y acepta expresamente con su firma las cláusulas limitativas de sus derechos contenidas en el contrato que firma. Junto a ello, desde el punto de vista gramatical, todas las cláusulas del contrato, incluidas las limitativas de los derechos del asegurado, han de redactarse de forma clara y precisa, en cumplimiento del mandato legal contenido en el arts. 3 y el art. 10 LGDCU, donde se establece la necesidad de que las cláusulas,

condiciones o estipulaciones que se apliquen en los contratos celebrados con quienes tengan la consideración de consumidores cumplan los requisitos de concreción, claridad y sencillez. Igualmente, el artículo 1.288 Cc, y el artículo 10.2º LGDCU establecen que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado oscuridad. Por lo tanto, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula habrá de prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor.

Es importante señalar que el régimen de las cláusulas limitativas viene impuesto por una norma de carácter imperativo, salvo en contratos de seguro por grandes riesgos definidos en los arts. 107 a 109 LCS, por lo que, en el caso de ser quebrantadas se producen los efectos del art. 6.3º Cc, que establece la nulidad de pleno derecho para los actos contrarios a normas imperativas. Recordemos que esta nulidad no alcanza a todo el contrato de seguro, sino que se circunscribe exclusivamente a la cláusula limitativa de derechos. Esta posibilidad es consecuencia del párrafo tercero del propio art. 3 LCS, cuando la declaración de nulidad de cláusulas concretas no afecte a la totalidad del contrato de seguro.

Es evidente el grado de importancia de la delimitación contractual del riesgo objeto de cobertura, ya que la obligación de indemnizar del asegurador existe dentro de los límites pactados (art.1 LCS). Dicha idea se destaca igualmente con la indicación –contenida en la disciplina de distintas modalidades de seguro– de que el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato (tal como señalan los arts. 45, 50, 54, 63, 73, 76 a) LCS), de lo cual se colige que son dos los elementos que delimitan el contenido de la obligación asumida por el asegurador: por un lado, la propia descripción legal del riesgo y, por otro, la disciplina convencional que se establezca sobre el particular.

Centrada nuestra atención sobre el segundo de los extremos apuntados, conviene poner de manifiesto que la aludida definición convencional a la

que se refiere el propio régimen legal posee distinta significación dependiendo de la modalidad de seguro de que se trate. Así tenemos que en la regulación positiva de algunos tipos de seguro –por ejemplo, el de incendio (art.45 LCS) o el de robo (art.50 LCS)– se contiene una precisa delimitación del riesgo objeto de cobertura, en sí suficiente para la adecuada identificación de dicho elemento del contrato. En relación con la materia examinada el régimen convencional se ordena, por lo general, al establecimiento de determinadas exclusiones de la cobertura dispensada por el seguro, al amparo del margen concedido a la autonomía de la voluntad en la descripción del riesgo. De esta forma se evita el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurador en las circunstancias expresamente exceptuadas, la cual habría surgido en caso contrario como consecuencia de la propia definición legal del riesgo.

En cambio, una situación distinta se observa en el campo del seguro de responsabilidad civil, toda vez que la mencionada modalidad de seguro cubre del riesgo de nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (art.73, párr.1º, LCS). Según se aprecia, la definición legal del riesgo encierra propiamente una remisión a la disciplina convencional, la cual posee un carácter esencial toda vez que se le confía la delimitación del ámbito de cobertura del aseguramiento. En otras palabras, la regulación que sobre el particular se contenga en el propio contrato se revela imprescindible en orden a la determinación del contenido de la obligación del asegurador. A pesar de que nada impide el aseguramiento general de la obligación de indemnizar que pueda pesar sobre el asegurado, cualquiera que sea la naturaleza del hecho generador de la responsabilidad civil, sería igualmente en última instancia el propio régimen convencional –como consecuencia de una expresa configuración del riesgo en los referidos términos generales, o por la ausencia de pacto alguno sobre el asunto– el que produciría dicho resultado.

Puesto que el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de la obligación de indemnizar derivada del acaecimiento de un hecho previsto en el contrato, será necesaria la definición convencional del mencionado evento a fin de concretar el contenido de la obligación asumida por el asegurador. En este sentido tendrá que hacerse, en primer término, la descripción del hecho que origina la mencionada obligación indemnizatoria a cargo del asegurado, lo que se realiza generalmente mediante la referencia al ejercicio de una determinada actividad o al empleo de algún objeto, con una eventual indicación sobre la conducta del asegurado. Además, dicha definición suele acompañarse de una delimitación adicional de la obligación asumida por el asegurador, en sus aspectos cuantitativos o cualitativos. Así, puede establecerse que el seguro sólo cubre cierta clase de daños –por ejemplo, los materiales, lo que implicará la exclusión de los personales– o un límite cuantitativo –por siniestro, por perjudicado o de cualquier otra manera– a la prestación del asegurador. De la misma forma es viable el establecimiento de límites temporales –en este caso, con sujeción a la disciplina prevista en el párrafo 2º del art.73 LCS– o espaciales a la cobertura del asegurador. También es posible, en definitiva, la delimitación personal del círculo de terceros perjudicados mediante la negación de la condición de víctimas, a los efectos del seguro de responsabilidad civil, a determinados personas, por lo general, familiares o empleados del propio asegurado³¹⁹.

La configuración del riesgo en el seguro de responsabilidad civil, en los términos, de inmediato produce la controversia en torno de la eventual calificación como cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados de aquellas condiciones que establecen restricciones –espaciales, causales, personales...– a la cobertura del asegurador respecto del hecho previsto en el propio contrato. El mismo problema se plantea, por lo demás, en

³¹⁹ M. CARMONA, “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *RES*, n°89, 1997, pp. 70–81.

relación con las cláusulas de exclusión de cobertura en aquellas modalidades de seguro que poseen una acabada definición legal del riesgo, aunque esta última circunstancia supone, a nuestro parecer, un importante elemento diferenciador al que debe prestarse especial atención a la hora de establecer conclusiones sobre la materia, ya que las exclusiones de la cobertura pactadas no son delimitación del riesgo, sino limitación del derecho conferido en el contrato al definir el objeto de cobertura. En términos generales se puede asegurar que se trata de uno de los temas más controvertidos del régimen jurídico del contrato de seguro, según se desprende de la amplia diversidad de criterios doctrinales sobre el particular, que también se refleja en una titubeante jurisprudencia civil desprovista de unidad de criterio.

Las soluciones planteadas por la doctrina —que se reflejan en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo— se pueden resumir en dos posiciones extremas y una postura que podría considerarse como intermedia, pues se caracteriza porque introduce diversas matizaciones y puntualizaciones a uno de aquellos planteamientos.

Para una importante corriente doctrinal se debe desechar cualquier enfoque exclusivamente conceptualista a la hora de afrontar el problema debatido y, en su lugar, se debe atender a los efectos producidos por las cláusulas enjuiciadas, particularmente desde la óptica de la posición de los asegurados. En este sentido se argumenta que, si bien puede admitirse que una cláusula insertada en una póliza para delimitar el riesgo asegurado no es, en principio, una cláusula limitativa, no cabe ignorar que, a fin de cuentas se convierte en una de ellas, ya que las dos producen el mismo resultado: limitan los derechos de los asegurados como consecuencia del establecimiento de exclusiones a la cobertura del asegurador³²⁰. En el mismo orden de ideas se ha expresado, frente a una concepción estricta o

³²⁰ J.L. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, *El contrato de seguro, Interpretación de las condiciones generales*, Granada, Comares, 1993, pp.272–274.

literal, una concepción y entendimiento amplio o abstracto de las cláusulas limitativas, que bajo su sombra encontrarían cabida las cláusulas de delimitación del riesgo³²¹. Así, de forma descriptiva se ha puesto de manifiesto que no cabe admitir en la ley el absurdo de exigir mayores garantías para la aceptación del asunto menor (cláusulas limitativas) que para la aceptación del asunto mayor (cláusulas de exclusión). No se trata, por tanto, de una interpretación restrictiva, sino de una efectiva exigencia de la ley para constatar el contenido contractual³²².

Frente a la posición enunciada se levanta otra de rasgo radicalmente opuesto que mantiene, sobre la base de un planteamiento estrictamente técnico, que una cosa es la cláusula limitativa de los derechos del asegurado y otra la que determina el nacimiento de esos derechos, por lo que consecuentemente no puede haber limitación de un derecho cuando ese derecho no ha nacido³²³. En el sentido expuesto se ha sostenido una distinción entre ambos tipos de cláusulas que se fundamenta en criterios lógicos y cronológicos, de tal modo que las cláusulas delimitadoras del riesgo se estiman pertenecientes a una primera fase de atribución contractual de derechos al asegurado, es decir, de asunción de obligaciones correlativas *ex contractu* (art.1.089 Cc) por el asegurador; mientras que las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado se ubican en un segundo momento de limitación de los derechos previamente atribuidos por ley o por el contrato³²⁴. El razonamiento expresado lleva a la deducción de que las cláusulas delimitadoras del riesgo no pueden considerarse, al cabo,

³²¹ A. MARINA GARCÍA TUÑÓN, “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual de seguros”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 10, 1991. pp. 78–82.

³²² STS 1ª 15 de octubre de 1990, Ar. 8601.

³²³ F. SANCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 97–98 y 1139.

³²⁴ A.J. TAPIA HERMIDA, “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente”, *RDM*, nº 233, (julio–septiembre 1999), pp. 984–985.

cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, sobre todo si se tiene en cuenta que las referidas limitaciones han sido tenidas en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el tomador³²⁵.

Por último, la que se ha denominado tesis intermedia, constituye una elaboración doctrinal que se caracteriza por incorporar ciertas matizaciones a la distinción entre cláusulas definitorias del riesgo y cláusulas limitativas de derechos. En este sentido, si bien se admite que ambos tipos de cláusulas poseen una diferente naturaleza, se postula que han de considerarse cláusulas limitativas aquéllas que delimitan el riesgo en forma no frecuente o usual. Así, se podría identificar como cláusula limitativa toda aquella que en la descripción del objeto asegurado reduzca la cobertura ordinaria que cabría esperar en atención del tipo de aseguramiento, de su objeto principal y de la finalidad económica del contrato³²⁶. A propósito de verificar si se ha producido una limitación de los derechos del asegurado se debe tomar en consideración cuál es la modalidad o tipo de seguro de que se trate y cuáles son los riesgos habitual o típicamente comprendidos en su ámbito de aplicación³²⁷. A esto se añade que se añade que las cláusulas delimitadoras del riesgo pueden incluso llegar a reputarse lesivas, lo que sucederá cuando demarquen el riesgo objeto del contrato de una manera tan insólita o sorprendente que el asegurado no haya podido contar razonablemente con su existencia, pese al cumplimiento de los requisitos de inclusión legalmente exigidos.

A mi juicio las cláusulas limitativas de derechos sí pueden diferenciarse con claridad de las delimitadoras del riesgo (estas no son limitativas y no requieren doble firma) y estas últimas a su vez se deben diferenciar de las cláusulas de exclusión de cobertura, las cuales deben considerarse cláusulas

³²⁵ STS 1ª 18 septiembre de 1999, Ar. 6940.

³²⁶ M. CARMONA, "Las cláusulas definitorias...", *loc. cit.*, p. 84.

³²⁷ J. PAGADOR LÓPEZ, "Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro", *RES*, nº 87, 1996, pp.91-115, esp. p.100.

limitativas por restringir el derecho del asegurado a percibir la indemnización. El derecho por supuesto que ha nacido al suscribir la póliza, siendo entonces las exclusiones de cobertura las cláusulas que debidamente aceptadas en atención al art. 3 LCS, restringen y limitan el derecho a ser indemnizado.

El Tribunal Supremo ha proferido numerosas sentencias sobre la materia (por ejemplo, las Sentencias de la Sala de lo Civil de 9 de noviembre de 1990 y de 10 de junio de 1991)³²⁸, aunque haciendo alusión indistinta entre los conceptos de delimitación del riesgo y de exclusión de cobertura, cosa que a mi criterio no es acertada y perjudica el derecho del asegurador cuando se le requiere “doble firma” del tomador del seguro para que sea válida una cláusula delimitadora del riesgo.

En este sentido, lamentablemente el Tribunal Supremo ha contribuido más a confundir los conceptos que a esclarecer la distinción entre las cláusulas definitorias del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Al respecto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene sosteniendo que la delimitación del riesgo supone, al propio tiempo, una limitación de derechos. La Sala de lo Civil, por su parte, y como si de dos Estados y dos legislaciones diferentes se tratara, no mantiene una posición

³²⁸ Entre otras, en la STS de 4 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 7932), tratándose de una cláusula inserta en el marco de un seguro de responsabilidad civil del automóvil, el Tribunal Supremo considera la cláusula de delimitación del riesgo cubierto por el seguro (se trataba de una cláusula que consideraba no cubierto el hecho de que el conductor del vehículo careciese de la licencia correspondiente) una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, e invocando el art. 3 LCS, considera ineficaz la cláusula en mención “que figura indistintamente entre todas las que integran el documento del contrato, no aparece destacada en forma alguna, ni fue específicamente aceptada por el asegurado ratificándolo con su firma *ad hoc*” (vid. J.M. EMBID IRUJO, “Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro. Comentario a la STS, Sala 1ª, de 4 de noviembre de 1991”, *La Ley*, 1992-2, pp. 701 ss.). También las Audiencias se han hecho eco de esta doctrina jurisprudencial, como lo demuestra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 19 de febrero de 1994 (RGD 1994, pp. 13696-13699) donde el Tribunal considera inoponible la cláusula que excluye de la cobertura del seguro los daños ocasionados al cónyuge al no haberse cumplido los requisitos de aceptación expresa e individualizada.

tan uniforme, calificando en algunos casos como delimitadora del riesgo la cláusula que excluye de cobertura de un seguro de responsabilidad civil los daños sufridos por los consanguíneos del asegurado (STS de 9 de febrero de 1994³²⁹), mientras que en otros se ha visto como limitativa la que no contempla la indemnización a parientes próximos (STS de 28 de julio de 1994³³⁰).

Supongamos que en las condiciones generales de una póliza de automóvil se refleja que no quedarán cubiertos los siniestros ocasionados cuando la persona que conduce tenga menos de 25 años. El tomador deja el automóvil a su hijo de 18 años, quien tiene un accidente causando daños corporales a un tercero. Cabría preguntarse si la compañía de seguros está contractualmente obligada a indemnizar.

Dado que este tercero es ajeno a las relaciones contractuales entre tomador y aseguradora, la compañía sí está obligada a indemnizar. No obstante, si no están ni siquiera firmadas las condiciones particulares con la exclusión clara, precisa y resaltada de la cobertura en caso de conducir un menor de 25 años, concluyo que la aseguradora no podría repetir contra su propio tomador al ser una cláusula limitativa de derechos que debería ser aceptada expresamente por escrito y resaltada en el contrato de seguro, sobre todo si el conductor causante del accidente no era habitual.

Aunque la línea que distingue unas cláusulas de otras puede parecer imperceptible los efectos jurídicos no lo son, y la clave en la diferenciación a mi entender no es más que la forma en que se redacten previamente, pudiendo una cláusula delimitadora del riesgo convertirse en una cláusula de exclusión de cobertura con una simple conversión en la connotación positiva (riesgo incluido) en el caso de las delimitadoras del riesgo, a negativa (cobertura excluida), y viceversa.

En materia de seguro del automóvil, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2002 tiene enorme trascendencia práctica y refleja los elementos polémicos y la dificultad en la distinción entre las cláusulas limitativas y las delimitadoras del riesgo. El asunto no trató de

³²⁹ Ar. 84

³³⁰ Ar. 5528

una póliza de seguro de automóvil en sentido estricto sino de una póliza modalidad multirriesgo, aunque entiendo que a los efectos que nos ocupan es irrelevante puesto que lo importante es el posicionamiento del Tribunal Supremo en cuanto a las cláusulas limitativas de derechos del asegurado se refiere³³¹.

En este caso el asegurado había reparado el vehículo, al parecer según se desprende de la sentencia no se trataba de reclamación con presupuesto, sino con factura. Los únicos motivos que alegó la aseguradora fueron infracción del art. 26 LCS en relación con el art. 31, no alegaron infracción del art. 31 LCS (sobreseguro: superar la suma asegurada el valor del interés asegurado), al no alegar la compañía de seguros este argumento en primera instancia no puede ser debatida en apelación y tampoco en el Tribunal Supremo, puesto que se trata de un elemento nuevo que estaría vedado del acceso a casación. Quizás si este argumento lo hubiera alegado la aseguradora al contestar la demanda de menor cuantía planteada por el asegurado ante el Juzgado de Primera Instancia, no hubiera sido el resultado del pleito. Conviene no olvidar esta argumentación por si fuera el caso.

Por lo tanto el único motivo que es discutido en el Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo es la infracción del art. 26 de la Ley de Contrato de Seguro, es decir, el posible enriquecimiento injusto del asegurado al pretender que se le indemnice el valor de reparación (7.077.036 de las antiguas pesetas) en lugar del valor venal del vehículo siniestrado. Se ampara la compañía aseguradora además del art. 26 LCS, en la cláusula 2.1.5 de las Condiciones Generales que establecen que las reparaciones se tasarán con arreglo al valor real de las mismas, y sin que dicha tasación pueda en ningún momento ser superior al valor venal del vehículo.

El Tribunal Supremo, y aquí radica la auténtica importancia de la Sentencia, entendió que la referida cláusula, teniendo en cuenta el art. 2 de la Ley de Contrato de Seguro, actúa restringiendo “intensamente” los derechos del asegurado, e incluso indica que esta cláusula “cuela” la

³³¹ B. ARQUILLO COLET, “El valor venal como límite de la indemnización. Comentario a la STS, 1ª, 23.10.2002”, en *InDret* 3/2003, Barcelona, 2003.

limitación del valor venal como tope máximo de indemnización, contradiciendo la propia cobertura del contrato, que no es otra que la restitución económica correspondiente a los daños reales que pudieran afectar al vehículo asegurado como consecuencia de un accidente de circulación. Distinguió las cláusulas destinadas a delimitar y concretar el riesgo, de aquellas que restringen y cercenan los derechos del asegurado y por lo tanto exige que se den los requisitos del art. 3 LCS para que este tipo de cláusulas tenga validez (especialmente resaltada y aceptación por escrito).

Me parece importante la distinción entre cláusula limitativa de derechos y cláusula delimitadora del riesgo, la primera opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que se ha producido el riesgo, la segunda no restringe ni condiciona, ni modifica, sino que especifica y concreta qué clase de riesgos son objeto del contrato.

Reconoce el Tribunal Supremo el costo real de la reparación puesto que entiende que no procede la limitación cuantitativa argumentada por la aseguradora, el contrato de seguro obliga a indemnizar el daño causado, y este daño es real puesto que existe un auténtico perjuicio económico ya que el vehículo ha sido reparado y el asegurado ha pagado la reparación.

No obstante, parece que deja una vía abierta al posible enriquecimiento injustificado si la reparación supera en exceso el valor venal del vehículo cuando dice al hablar del coste real de la reparación: “en el supuesto que nos ocupa no se presenta excesivamente desproporcionado”.

Sin embargo, parece que las aseguradoras sí tendrían que preocuparse cuando dice que el límite máximo de la indemnización es el daño efectivamente que afecte a las cosas aseguradas al tiempo del siniestro, aunque quizás, la interpretación que pueda hacerse es que la cuantía a indemnizar ha de referirse al momento del siniestro y no antes ni después, lo que ocurre es que no parece este el caso puesto que al fin y al cabo no se indemniza el valor venal sino la reparación efectivamente producida. Por lo tanto considera el Tribunal Supremo que la indemnización a abonar no supera el valor del daño causado que es el efectivamente producido, es

decir, el importe que ha pagado el asegurado por la reparación de su vehículo.

Si la cláusula que alega la compañía de seguros y que obraba en sus condiciones generales hubiera sido aceptada expresamente (lo que el Tribunal Supremo denomina “segunda firma”), sí podría haberse esgrimido el contenido de la misma y podría operar el límite cuantitativo que pregona, pero además el Tribunal Supremo introduce un elemento que me parece muy importante, y que podría entender que supone ¿una excepción? a lo preceptuado en el art. 3 LCS: si se hubiera negociado entre las partes la inclusión de dicha cláusula y esta actividad prenegocial se pudiera probar ¿quiere decir el Tribunal Supremo que la cláusula sería válida aún faltando los requisitos del art. 3 LCS? Aunque pudiera interpretarse así de la propia sentencia no me parece ajustado a derecho puesto que vulneraría una norma de derecho imperativo según se recoge en el art. 2 LCS. Este tipo de cláusulas concluye son unilaterales y generales, propias por tanto, de los denominados contratos de adhesión.

Posteriormente, en su sentencia de 11 de septiembre de 2006³³² la Sala Primera del Tribunal Supremo, valiéndose de la disputa generada por la contradicción o discrepancia entre las condiciones generales y las particulares de una póliza de seguro (disputa que se repite en la casuística del derecho de seguros, que, en este caso, hacía alusión al alcance de la cobertura por reclamación de daños, que, en las condiciones particulares venía sencillamente descrita como “incluida”, en tanto que en las generales tenía fijado el límite máximo de un millón de las antiguas pesetas), aprovecha para pronunciarse y poner un cierto orden sobre la distinción entre las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo. Consciente, además de la diferencia de criterios que se han venido manteniendo en sentencias anteriores (la sentencia cita expresamente la de 30 de diciembre de 2005³³³ frente a las de 14 de mayo de 2004³³⁴, 2 de febrero de 2001 y 10 de febrero

³³² RJ 2006, 6576.

³³³ RJ 2006, 179.

³³⁴ RJ 2004, 2742

de 1998³³⁵, entre otras) y con la finalidad de reforzar los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, la Sala se constituye en Pleno, adoptando un criterio uniforme que, de esta forma, vincula futuros pronunciamientos.

Como hemos mencionado, la Sala parte de la distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Las primeras, en opinión del TS, son aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando los riesgos que, de producirse, hacen que nazca en el asegurado el derecho a la prestación y, en la aseguradora, la recíproca obligación de atenderla, pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad y constituyen la causa del contrato; por su parte, cláusulas limitativas, serían aquellas otras que operan para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

Reconociendo la complejidad que, en la práctica, puede representar hacer la efectiva distinción entre unas y otras cláusulas, la Sala, con fundamento en la “jurisprudencia mayoritaria” señala como cláusulas delimitadoras del riesgo aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Una diferencia de gran importancia entre ambas clases de cláusulas, tal como hemos comentado reiteradamente, es que mientras las limitativas están sometidas a la exigencia de la específica aceptación por escrito que impone el art. 3 LCS, para las segundas, las delimitadoras del riesgo, es suficiente su aceptación genérica, al ser susceptibles de incluirse en las condiciones generales, de las que basta con la constancia de su aceptación por el asegurado.

Ahora bien, y éste es el segundo elemento que destaca la sentencia, las condiciones generales, en cuanto cláusulas contractuales, están a su vez sometidas a lo que el TS denomina “control de inclusión”, atendiendo al carácter del contrato de seguro como contrato masa y de adhesión: su redacción debe ser clara y precisa para facilitar al adherente su efectivo conocimiento y debe constar su conocimiento y aceptación por el

³³⁵ RJ 1998, 752.

asegurado para que desplieguen su fuerza vinculante (aunque, como se ha indicado con anterioridad, es suficiente que en las condiciones particulares se exprese, también de forma clara y precisa –pero genérica–, que se han recibido, conocido y comprobado dichas condiciones generales).

Teniendo en cuenta la doctrina precedente, la Sala resuelve la controversia sostenida revocando la sentencia de la Audiencia, que condenaba a la aseguradora al pago de la totalidad de los gastos causados por la reclamación de los daños producidos en un accidente, limitando la condena al pago del millón de las antiguas pesetas que, como alcance de la cobertura, figuraba en las condiciones generales.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo por clarificar y unificar las posturas que hace la sentencia, no consideramos que sea muy útil para hacer desaparecer la conflictividad que viene acompañando la liquidación de los siniestros. La propia Sala admite la dificultad de distinguir entre cláusulas delimitadoras y cláusulas limitativas, y buena prueba de ello es la propia sentencia que comentamos comentando, en la que con absoluto respeto al criterio mayoritario de la Sala, cuatro de los diez magistrados que la componían, muestran su disconformidad en dos votos particulares, ya sea por entender (al margen de otros planteamientos) que el límite de cobertura no constituye propiamente una determinación del riesgo, sino precisamente una limitación del mismo, o también por estimar que todas las indicaciones que el art. 8 LCS establece como contenido mínimo de la póliza, y entre ellas la “suma asegurada o alcance de la cobertura”, tienen su localización adecuada en las condiciones particulares de la póliza, no en las generales, por lo que se ha enmascarado de condición general la que tenía que haber sido particular, causándose así un efecto prácticamente idéntico al de la falta de específica aceptación por escrito de las cláusulas limitativas establecida en el art. 3 LCS.

C) Interpretación del art. 20 LCS frente a las compañías y a los asegurados

Con respecto a este punto el TS, en su Sentencia de 1 de marzo de 2007, ha conseguido dar por finalizada la gran controversia y disparidad de criterios que hasta ahora venía existiendo en cuanto a la aplicación del art. 20 LCS, específicamente su regla 4ª que indica que “ la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos 2 años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %.”. Sobre la interpretación del citado artículo, la jurisprudencia menor se mostraba errática. Así existía un sector jurisprudencial que con una propósito de sanción y de disuasión impuso a las entidades aseguradoras un deber especial de diligencia en el pago de las indemnizaciones, con la consecuencia de que si no lo hace o consigna en el plazo de 3 meses, tal como señala la regla 3ª del art. 20 LCS, se devengarán los intereses legales incrementados en un 50 %, y de que si transcurren 2 años desde la fecha del siniestro sin haberlo efectuado, los intereses de demora serán al menos del 20 % desde la fecha del accidente y no a partir de los 2 años. En cambio, existía otro sector que en atención a que los intereses se computan por días desde la fecha del siniestro, de manera que fijado un devengo diario conforme al tipo de interés vigente (el correspondiente a la anualidad incrementado en el 50 %), lo único que señala el párrafo segundo, cuando la aseguradora se demora más de 2 años, es establecer un tipo de interés mínimo más elevado como superior sanción, pero sin modificar la regla de cálculo diario. Pues bien, ante la citada discrepancia de criterios y como subraya la citada Sentencia, con el fin de fijar definitivamente la doctrina de la Sala se opta por el segundo de los criterios anteriormente comentados. Esta interpretación que favorece la existencia de tramos y tipos de interés diferenciados supone fijar dos periodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se establecerán sin modificar el cálculo diario, por lo que durante los dos primeros años desde la producción del siniestro la indemnización por

mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20 %, con el mínimo del 20 % si a partir del segundo año del siniestro no rebasa dicho porcentaje, y sin alterar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho instante.

III. Control *a posteriori*

1. Justificación

La aparición de los contratos por adhesión se explica con razones económicas vinculadas a la masificación del comercio. Siendo el problema principal de la contratación estandarizada la existencia de cláusulas abusivas, se requiere un análisis del sistema de control previsto en la legislación española. Éste se muestra insuficiente para evitar la presencia de cláusulas abusivas en contratos a condiciones generales. De ahí la necesidad de contemplar un mecanismo preventivo que, sumado al control represivo, permita una eficaz protección no sólo de los consumidores, sino de todo sujeto que pueda verse expuesto a un contrato con contenido abusivo.

Las condiciones generales ponen de relieve, si se estudian a fondo como fenómeno social, grandísimas objeciones a la teoría liberal de los contratos, porque su admisión trae aparejadas imposiciones del contenido contractual que son difícilmente compatibles con la verdadera libertad contractual. Estamos frente a una gran paradoja que ha de ser enfrentada mediante un específico control de contenido y la explicación de las condiciones generales como contenidos contractuales diversos. Para la coherencia de la doctrina liberal de los contratos, los contratos con condiciones generales deben de ser conceptualmente separados de los contratos en general y tratados en alguna medida de manera diferenciada. Solamente desde posiciones en extremo liberales, podría ignorarse la necesidad de un control de contenido de las condiciones generales aparte del que se aplica al resto de los contenidos contractuales.

Realizar un control sobre las condiciones generales de los contratos implica restringir *a priori* (antes de su utilización) o *a posteriori* el alcance y la validez de las mismas, limitando así la libre voluntad de quien las impone y garantizando la genuina libertad del destinatario adherente y/o protegiendo directamente sus derechos. Son tres facetas que ha encontrado distinto eco en el Derecho comparado ejerciendo individual o

colectivamente un control sobre el empleo de condiciones generales de los contratos. Este control apriorístico puede adoptar métodos de control voluntario, administrativo o mixto. El primero consiste en el mecanismo de autocontrol mediante la elaboración de códigos de conducta donde se desarrollan principios informadores de los tipos de condiciones generales de los contratos que pueden emplearse en la contratación y mecanismos que dan acceso con carácter previo a las organizaciones de consumidores. El control administrativo, aunque limitado sectorialmente, se consiste fundamentalmente en la necesidad de autorización previa para la utilización de determinadas condiciones generales de los contratos. Esta modalidad, aunque es más efectiva que la anterior, encuentra en su generalización algunas dificultades provenientes de la confrontación que puede producirse entre la agilidad del mercado y la rigidez de la burocracia estatal a la hora de autorizar una modificación necesaria. Finalmente, los sistemas mixtos son una mezcla las dos modalidades anteriores permitiendo que quien predispone las condiciones generales de los contratos pueda someterlas de forma voluntaria a la aprobación de la autoridad competente a tales efectos.

Desde un punto de vista intervencionista, un control de contenido muchas veces se considera normal y no se plantea, al menos de modo tan imperioso, la necesidad de fundamentarlo y diferenciarlo de los generales. Mas la aplicación del control específico al que se someten las condiciones generales y cláusulas predispuestas hace necesario establecer esa diferencia para su debida ejecución. No es irrelevante partir de unas u otras ideas a la hora de determinar el control de contenido de las condiciones generales y cláusulas predispuestas.

No cabe duda que el principal inconveniente que relacionado con el contrato por adhesión y el uso de contratos con condiciones generales estriba en la posibilidad de que se incluyan cláusulas abusivas en perjuicio del contratante más débil de la relación contractual. El análisis de las condiciones generales del contrato, ya sea en contratos por adhesión u otras formas contractuales y, a su vez, el estudio dogmático de las técnicas para efectuar un control de las cláusulas abusivas insertadas en dichas categorías contractuales presenta un interés doctrinario y práctico indiscutible. Desde la década de los mil novecientos ochenta el debate acerca del control de las

cláusulas abusivas ha estado presente en la doctrina civil. Esta discusión nace en un determinado momento histórico en que los civilistas se concentraban más en la protección del consumidor, en la parte débil del contrato. El debate sigue su curso, pues las cláusulas abusivas no desaparecen y hoy lo importante radica en lograr un sistema de protección eficaz que proteja no sólo al contratante-consumidor y, por otra parte, que en ocasiones se extienda a la protección de quien carece de la calidad de consumidor. Las técnicas para proceder al control de las cláusulas abusivas han ido variando a lo largo de los años.

Las legislaciones estatales muestran dos etapas claramente diferenciadas en la evolución de las técnicas destinadas a proteger al adherente. En la primera etapa la doctrina y la jurisprudencia –española, alemana y francesa–, procuraron dar soluciones para controlar las cláusulas abusivas tomando como referencia el derecho común de los contratos. En particular, se recurrió a los principios generales –buena fe, orden público, buenas costumbres–, a la protección del proceso de formación del consentimiento –vicios del consentimiento, lesión subjetiva–, a determinadas reglas de interpretación contractual –regla *contra proferentem*–, y a supuestas obligaciones implícitas en el contrato³³⁶. Esta técnica fue implementada tanto en los países que forman parte del derecho continental europeo como en los países de la *common law*.

Efectivamente, un fenómeno común al Derecho continental europeo consiste en haber recurrido a los principios generales de la doctrina del contrato para ejercer el control de las cláusulas abusivas. Esta tendencia, que incluye la mayor parte del siglo XX, puede ubicarse en primer lugar, en la jurisprudencia alemana en aplicación del parágrafo 242 del BGB (buena fe objetiva). Como señalan LARENZ Y RIEG, la buena fe objetiva constituyó el principio general más utilizado para el control de cláusulas abusivas en la jurisprudencia alemana³³⁷. Esta práctica también se registró en España, donde el recurrir a los principios generales sólo se producía una vez que se presentaba la aplicación de la cláusula abusiva, pero en ningún

³³⁶ A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “El control de las condiciones generales...”, *loc. cit.*

³³⁷ A. RIEG, “La lutte contre les clauses abusives dans les contrats, esquisse comparative des solutions allemande et française”, *Mélange Rodière*, p. 221.

caso evitaba la existencia de las mismas³³⁸. Este control represivo es oneroso y engorroso para el adherente, el cual debe sufrir la tortura de un procedimiento judicial encaminado a restarle eficacia o validez a la cláusula abusiva.

Por su parte, el sistema de control y validez establecido por el art. 3 LCS presenta un carácter dual. En primer lugar, podríamos hablar de un control legislativo–judicial, ya sea a través de un control sobre el contenido de las condiciones, expresa prohibición de aquellas que tengan carácter lesivo y un deber de claridad y precisión en su redacción, o a través de un control sobre el procedimiento de formación del contrato, por la necesidad de aprobación específica y por escrito de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. En segundo lugar, a través de un control estrictamente administrativo que al igual que en el caso anterior, se realiza mediante dos actuaciones distintas por parte de la Administración: a) vigilancia de los condicionados en los términos previstos por la Ley y b) deber que se le impone a fin de obligar a los aseguradores a modificar cláusulas que hayan sido declaradas nulas por el TS.

El control abstracto del contenido de las condiciones generales, por medio de las acciones colectivas, sí es, de cierta manera, un control judicial, si lo consideramos así precisamente por oposición a un hipotético control administrativo, es decir, en el sentido de que no existe un control administrativo que someta las condiciones generales a un control abstracto de validez por un órgano de esta clase. Pero ese control judicial efectuado en abstracto continúa siendo un control legal de validez, porque los Tribunales al ejecutar ese control lo realizan exclusivamente en aplicación de la ley. Los Tribunales además tienen la decisión final en cuanto a la declaración de nulidad de una condición general o cláusula predispuesta,

³³⁸ F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, Civitas, 1985; *id.*, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, t. XXXV, 1982; *id.*, “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *ADC*, t. XI, fasc. IV, octubre–diciembre, 1958; M. GARCÍA AMIGO, “Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles”, *RDP*, 1969; *id.*, “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, *RDP*, 1978, 388.

sin embargo, si se trata de una nulidad de pleno derecho, la nulidad existe con independencia de la sentencia. Otros funcionarios (Notarios, Registradores y los competentes para imponer sanciones) dentro de su competencia, pueden y están obligados advertir esa nulidad sin que sea obstáculo una improcedente interpretación a contrario del art. 84 TR-LGDCU o del art. 258.2º de la Ley Hipotecaria³³⁹. Indiscutiblemente las decisiones de estos funcionarios pueden ser objeto de impugnación y los Tribunales tienen la última palabra, pero los funcionarios pueden y deben aplicar la ley sin necesidad de una decisión judicial previa. Por tal razón, no es precisa la afirmación de que el control de las condiciones generales sea un control judicial, a no ser que se diga específicamente del control abstracto en el sentido que antes hemos precisado. Es , el control abstracto de contenido es judicial por oposición al administrativo.

2. Compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio 2010 en el asunto C-484/08, por medio de la cual se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, es de indudable importancia para la materia de las cláusulas abusivas. Al efectuar un análisis de la relación entre la Directiva CE 93/13, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y la legislación española en esta materia, fruto de la transposición de la Directiva, el Tribunal de Justicia falla la plena validez del control judicial español sobre las cláusulas de precio. La petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, tenía como fin la interpretación de los arts. 4, ap. 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta petición había sido presentada en el marco de un contencioso entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Ausbanc, en relación con la legalidad de una cláusula contractual introducida por Caja Madrid en los

³³⁹ Como acertadamente manifestó F. DE CASTRO “la nulidad de pleno derecho de los actos y contratos contrarios a las leyes significa que no es precisa declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación”. (*Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p.539).

contratos de préstamo a tipo de interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda. Tal cláusula escrita, preestablecida en un contrato modelo, señalaba que el tipo de interés nominal previsto por el contrato, variable por períodos –de acuerdo con el índice de referencia pactado–, debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior “cláusula de redondeo”. De conformidad con el art. 4.2º: “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Mientras que el art. 8 de la Directiva establece: “Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”.

En el Derecho español, la Ley 26/1984, de 19 de julio, LGDCU establecía parámetros para la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y fue modificada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, (LCGC) que adaptó el Derecho interno a la Directiva³⁴⁰. No obstante, la LCGC no incorporó el art. 4, ap. 2, de la Directiva al ordenamiento español. Según el TS, la cláusula de redondeo puede constituir un elemento esencial de un contrato de préstamo bancario, como el que es objeto del proceso principal. Pues bien, dado que el art. 4, ap. 2, de la Directiva excluye que la apreciación del carácter abusivo se refiera a una cláusula relativa, en particular, al objeto del contrato, una cláusula como la disputada en el proceso principal no podía ser objeto de una calificación de su carácter abusivo. El argumento del TS era que como España no había incorporado dicho art. 4, ap. 2, a su ordenamiento jurídico, la legislación española sometía el contrato en su conjunto a dicha apreciación. El TJUE consideró en su sentencia que la Directiva sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas, si bien reconociendo a los Estados miembros la

³⁴⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J.: “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *ADC*, 1994, pp. 305–23.

posibilidad de garantizar al consumidor una mayor protección que la prevista por la Directiva. Así, el art. 8 de la Directiva establece formalmente que los Estados puedan “adoptar o mantener en el ámbito regulado por la [...] Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección”³⁴¹. Se trataba, por tanto, de verificar si el alcance del art. 8 de la Directiva se extiende a todo el ámbito regulado por ésta y, por consiguiente, al art. 4, ap. 2 de la misma, o si por el contrario, como sostenía Caja Madrid, esta última disposición quedaba al margen del ámbito de aplicación de dicho art. 8.

El TJUE rechazó en su sentencia los razonamientos de Caja Madrid, afirmando que no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido su art. 4, apartado 2, normas más rigurosas que las instauradas por la propia Directiva, siempre que persigan ofrecer al consumidor un nivel de protección más elevado. En consecuencia, en el derecho positivo español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede establecer en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en casos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y completamente legible.

En estas circunstancias, debe tenerse en cuenta que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el proceso principal permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección mayor protección efectiva que la contemplada por la propia Directiva.

³⁴¹ STJCE de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, Rec. p. I-4785, aps. 28 y 29.

IV. Manifestaciones del control

1. Control judicial

A) Problemas en presencia

Las condiciones generales del contrato juegan un papel preponderante porque prefijan una serie de efectos jurídicos, aplicables a todos los contratos de cada ramo o amparo particular al que pertenecen, como las obligaciones genéricas de las partes, su alcance, el régimen probatorio, las cargas del asegurado y otras tantas que, la mayoría de las veces, son redactadas en pleno favor de la compañía de seguros. Pero, deberá quedar siempre claro que las condiciones generales del contrato y las condiciones particulares forman una unidad, de modo que la firma de los estipulantes puesta en la carátula de la póliza presupone, salvo estipulación expresa en contrario, la aceptación del todo. No obstante esta unidad, lo cierto y frecuente es que en una gran cantidad de seguros no se establecen condiciones particulares y el seguro es reglado íntegramente por lo consignado en las generales; en estas hipótesis el contrato merece un tratamiento especial, y de ello se derivan efectos particulares, todos ellos enfocados a proteger al tomador–asegurado que lo ha suscrito.

Al respecto, el control del carácter abusivo no desprende los mismos efectos en relación con el propio contenido del contrato:

Control imperativo de cláusulas abusivas no esenciales. Cuando las cláusulas abusivas no alteran de sustancialmente al equilibrio diseñado por las partes, la validez y conservación del contrato por un lado, y la nulidad de las cláusulas abusivas por otro, no ofrece mayores dificultades a nivel dogmático, al regir la regla *utile per inutile non vitiatur*, frecuente en el ámbito contractual³⁴². Es el sistema adoptado por la LGDCU en su

³⁴² La STS 22 de diciembre de 2008 ha afirmando que “La jurisprudencia, en efecto, con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur* (la parte útil no resulta viciada por la inútil), declara que en aquellos casos en los cuales el contrato o el acto

redacción original, al establecer el art. 10.4º “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo”. Similar pauta es la señalada en el art. 10, bis introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, al disponer su ap. 2, que manifiesta que:

“Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1.258 Cc y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato”.

Igual opción se observa en el art. 83.2º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: (...) el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

jurídico contiene algún acto contrario a la ley, pero consta que se habría concertado sin la parte nula (cosa que no ocurre cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, principio que se recoge en el art. 10 LCU), procede únicamente declarar su nulidad parcial (SSTS 17 de octubre de 1987, 22 de abril de 1988, 15 de febrero de 1991, 23 de junio de 1992, 18 de marzo de 1998, 25 de septiembre de 2006, rec.4815/1999)”.

En el Derecho de la UE la Directiva 93/13/CEE sigue la misma orientación, al disponer en el art. 6.1º que

“Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

El TJCE declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte, en la sentencia de 27 de junio de 2000 en los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98, *Océano Grupo Editorial, SA, contra Martina* y otros, decidiendo que:

“El objetivo perseguido por el art. 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas (...) Es preciso considerar que la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (...) La protección que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido...”

En la misma línea la STJCE 4 de junio de 2009 en la cuestión prejudicial en el asunto C-243/08 (*Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné*) no solo permite, sino que impone el examen de oficio de la abusividad. De esta forma, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. El definitiva, el

Derecho de la UE reconoce al juez nacional una atribución que no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial.

En cuanto al control de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, cuando el abuso afecta a cláusulas esenciales y definitorias del equilibrio contractual, a la “economía del negocio”, la aplicación de los principios inspiradores de la dogmática contractual clásica podrían llevar a sostener que no cabe mantener la validez del contrato y la nulidad de aquellas. No obstante debe precisarse que tratándose de contratos con consumidores, esta tesis es compatible con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo. Los fundamentos para mantener esta postura se desprenden del propio considerando 19:

“... a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor”.

A lo que hay que añadir lo dispuesto en su art. 4.2º:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos y, como afirma la STJCE 3 de junio de 2010 del TJUE en el asunto C-484/08, la Directiva no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

En el marco de las funciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional debe comprobar, inicialmente, si una cláusula de un contrato que es objeto del litigio del que conoce está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva. En caso afirmativo, el juez nacional debe apreciar dicha cláusula, si fuera necesario de oficio, teniendo en cuenta las exigencias de protección del consumidor previstas en las disposiciones de la referida Directiva.

Haciendo una evaluación, la función de control judicial ha arrojado un balance que podría caracterizarse por una gran variedad de criterios y, por tanto, de doctrina forjada al amparo de las constantes resoluciones de los órganos jurisdiccionales, así como de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Esta variedad de criterios presenta un panorama muy variado: frente al mantenimiento de criterios constantes, pocas veces unánimes, nos encontramos con argumentaciones y decisiones radicalmente opuestas. Y es normal que así sea, por más que algún particular pueda no comprenderlo y hasta sentirse perjudicado ante la disparidad de criterios, pues lo que hacen los juzgadores es aplicar al supuesto concreto conceptos generales, vagos y abstractos, pues la declaratoria de abusividad de una cláusula exige estimarla contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones, conceptos bastante indeterminados. Y la aplicación concreta de conceptos indeterminados, nunca puede ser exacta, rígida ni uniforme. Ha sido prolija la función desempeñada por las primeras instancias de la jurisdicción civil española: Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales. En efecto, las características del conflicto provocan que la mayor parte de ellos muera en

la segunda instancia, esto es, en la Audiencia. Y teniendo en cuenta que cada una dispone de sus correspondientes salas y secciones, fácilmente se comprenderá que la suma de resoluciones judiciales representa una fuente incalculable de riqueza de argumentación y decisión.

Puede decirse que, el art. 3 LCS en su momento constituyó un importante avance en la sistematización de métodos de control de las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, teniendo en cuenta por otra parte, la experiencia práctica que sucedió con su antecedente más claro en el Derecho comparado, el art. 21 *AGB Gesetz*.

En resumen, el art. 3 LCS, sobre todo en sus párrafos segundo y tercero, establece un sistema de control general y permanente de las condiciones generales del contrato de seguro y de su clausulado más problemático, las cláusulas de exclusión o limitación, el cual viene organizado desde un ente administrativo, ya sea con un carácter preventivo, en el sentido de una actuación generalizada y de fiscalización por parte de los poderes públicos, bien *a posteriori*, tratándose de un control sucesivo, con la intervención del poder judicial. De acuerdo con A. MENÉNDEZ, este último mecanismo pretende tanto descargar a la Administración de una labor ciertamente difícil, como estimular su actividad de control y vigilancia ante determinados supuestos contractuales que, en principio han de considerarse totalmente inadmisibles y contrarios al Derecho³⁴³.

La LCS, fundamentalmente con sus arts. 2 y 3, configura un sistema de protección si bien imperfecto, bastante completo como para lograr un resultado positivo en términos generales. La imperatividad de las normas reemplaza favorablemente a cualquier sistema de control público, por muy amplio y estricto que sea.

Las características propias del sector económico del seguro, hacen viable la organización del sistema propuesto por la LCS y completado por la LOSSP/1995. Características especiales que se concretan en una vinculación–sometimiento de las entidades aseguradoras a una importante

³⁴³ A. MENÉNDEZ, en F. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Edersa, 1984, p. 133.

cantidad de directrices y normativa de naturaleza administrativa, en mucha mayor medida que lo que sucede en otros sectores de la economía, con excepción de la Banca.

Los problemas en este ámbito son variados. Por ejemplo, ¿puede un juez declarar de oficio una cláusula nula por abusiva, sin que tal efecto haya sido solicitado por cualquiera de las partes en el proceso? Existe un caso que giraba en torno a la contratación de un curso de albañilería fuera del establecimiento mercantil, en el que luego el consumidor quedó sorprendido al comprobar que también se incluía la financiación del curso a través de una entidad, dando como resultado un coste que multiplicaba por más de dos el que originariamente aparentaba. Pero la sorpresa no quedó ahí, pues impugnado el contrato por el consumidor basándose en vicios de la voluntad, tal pretensión quedaba obstaculizada por haberse el préstamo cedido a otra entidad financiera. El consumidor había pedido en la demanda la nulidad del contrato por vicio de la voluntad, pero nada decía sobre declarar alguna cláusula nula por abusiva y la SAP de Lérida 20 de mayo de 1999³⁴⁴ determinó que.

“Consistiendo la sanción al carácter abusivo de las estipulaciones de intereses en la nulidad de pleno derecho, la Sala puede analizar de oficio, sin necesidad de que medie alegación de parte, si concurre tal carácter y, en caso afirmativo, declarar la nulidad de dicha cláusula, que no de todo el contrato, pues se trata de un supuesto de nulidad parcial según resulta del transcrito art. 10.4º LGDCU.”

En la práctica esta decisión agotó la última oportunidad que tenía para defender los intereses del consumidor: declarar la nulidad, por abusiva, de la cláusula de intereses del préstamo, aplicándose entonces, por el art. 1108 Cc el interés legal. Pero para ello ha debido defender la estimación de oficio de tal sanción, lo que en teoría es procedente tratándose de la nulidad.

Un buen ejemplo de control de cláusulas lesivas o limitativas de los derechos del asegurado y condiciones abusivas es el siguiente: el contrato

³⁴⁴ RJ 1999/843. Dicho criterio fue confirmado por la SAP Asturias 14 de marzo de 2000 (RJ 2000/734).

de seguro fue objeto de cuidadosa regulación por la LCS, cuyo contenido ya empezó a tener en consideración la protección del asegurado. Su art. 3, sin ir más lejos, es claramente protector de los intereses de este último, imponiendo un control de las condiciones generales por parte de la Administración Pública, y exigiendo que las condiciones limitativas de los derechos del asegurado sean específicamente aceptadas por escrito. Previsto este régimen protector, lo que en ocasiones se ha planteado es si resulta también de aplicación, de manera superpuesta o cumulativa, el régimen previsto luego por la LGDCU, en concreto, en su art. 10. Algunas resoluciones no han ido más allá de proponer una relectura del art. 3 LCS a través del art. 10 LGDCU, que no iría más lejos de un refuerzo de la consistencia y enfatización del primero. Así se muestran las SSAP de Navarra, 2 de marzo de 1995³⁴⁵ y de Pontevedra, de 18 de junio de 1997³⁴⁶. Más en concreto, la SAP de Logroño, de 15 de febrero de 1996³⁴⁷, en las que se descartó precisamente la aplicación del art. 10 LGDCU porque la protección arbitrada por la LCS es suficientemente protectora de los intereses de la parte débil del contrato, en este caso, el asegurado.

En definitiva, el art. 3 LCS, pese a su brevedad, incluye controles de inclusión, de interpretación y de validez bastante operativos. Y en la medida en que lo sean, aparcan el posible desembarco del art. 10 LGDCU.

En lo que concierne al contrato de seguro, por ejemplo, en España la Organización de Consumidores y Usuarios ha denunciado recientemente ante los tribunales diez clases de cláusulas abusivas. En concreto:

1. La exigencia al asegurado de que entregue su ejemplar original de la póliza como condición para tramitar su solicitud de pago.
2. La omisión en la póliza del método para el cálculo del “valor del rescate” del seguro.
3. La omisión en la póliza del método para el cálculo de la revalorización del capital.

³⁴⁵ ArCiv 483.

³⁴⁶ AP 2279.

³⁴⁷ AP 575.

4. La no definición del llamado “interés técnico garantizado”.
5. La posibilidad de modificación de la tarifa de siniestralidad en el seguro de automóviles.
6. El establecimiento de la cobertura del seguro de defensa jurídica sólo por el importe de los baremos de los colegios profesionales.
7. La fijación de la indemnización del vehículo asegurado conforme a su “valor venal”.
8. El condicionar el cumplir o no la prestación en el seguro de defensa jurídica al criterio de la aseguradora según su exclusiva valoración de las perspectivas de éxito de la acción judicial.
9. La negativa unilateral de la aseguradora a cumplir la prestación en el seguro de defensa jurídica si la parte contraria es condenada en costas.
10. La resolución del contrato por la aseguradora por el mero acaecimiento del riesgo cubierto.

Estas clases de cláusulas se repiten en una o más cláusulas de una o varias pólizas de las entidades demandadas por la OCU en los ramos del hogar, los automóviles, el ahorro y los seguros de pensiones.

B) Efectos de la sentencia que declara la nulidad de una cláusula

Veamos ahora el control judicial a través de los efectos de la sentencia que declare la nulidad de alguna cláusula de las condiciones generales.

El sistema previsto en el párrafo final del art. 3 LCS establece:

“Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”.

Otorga, por lo tanto, carácter ultra partes (*erga omnes*) a una sentencia que por lo general no goza de tal carácter. Para que entre en funcionamiento, la nulidad de la cláusula debe declararse por el Tribunal Supremo, no por otro órgano jurisdiccional. El precepto establece la

obligación de actuar por parte de la Administración cuando exista una sola sentencia, por lo tanto, no se exige que la decisión adoptada haya pasado a formar parte de la doctrina legal como jurisprudencia.

Como resalta SERRA RODRÍGUEZ, “la resolución judicial que declara la nulidad goza de una eficacia *ultra vires* y constituye el motor que pone en funcionamiento la labor de la Administración de obligar a las entidades aseguradoras a una modificación de tales cláusulas incluidas en sus pólizas. El control judicial se articula como un control directo sobre la cláusula concreta sometida a su valoración y como un control indirecto, al tener sus sentencias unos efectos que van más allá del concreto caso enjuiciado”³⁴⁸.

Ahora bien, es necesario analizar si este precepto, altamente proteccionista de los derechos de los asegurados consumidores, es eficaz en la práctica. BARRÓN DE BENITO en este sentido comenta que “debe destacarse la inoperancia práctica del sistema instaurado por la Ley de Contrato de Seguro”³⁴⁹ y EMBID IRUJO señala que “todo el sistema, sin contraste en la práctica, se encuentra ante la duda de su verdadera virtualidad”³⁵⁰. Yo, siendo menos romántico que el Doctor Irujo, me concreto en afirmar que el sistema no tiene la efectividad pretendida por un vacío de la norma, difícilmente subsanable, que paso a explicar:

Aunque el párrafo final del art. 3 LCS correctamente establece que el Tribunal Supremo tiene la facultad de declarar la nulidad de una cláusula que forma parte de las condiciones generales de un determinado contrato, el vacío de la norma es consecuencia de su imprecisa (o mala) redacción, no del fragmento que se refiere al alcance directo de la Sentencia (nulidad de la cláusula) sino del que impone la función a la Administración pública de obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas que tengan en sus pólizas que sean idénticas a la declarada nula.

Si conforme a la Ley la potestad del Tribunal Supremo se limita a declarar la nulidad de la cláusula, luego entonces no podrá señalar en la

³⁴⁸ A. SERRA RODRÍGUEZ: *op. cit.*, p. 52.

³⁴⁹ J.L. BARRÓN DE BENITO, *op. cit.*, p. 76.

³⁵⁰ J.M. EMBID IRUJO, *op. cit.* p. 261.

sentencia proferida el contenido exacto y literal de la cláusula en el sentido que deba ser modificada. Y como el papel de la sentencia no es otro que poner en marcha el control administrativo sobre las cláusulas idénticas, ¿cómo se pretende ordenar, a través de la Administración pública competente, la modificación de las cláusulas idénticas? Una cosa es prohibir y suspender el uso de una póliza (o de una cláusula), y otra muy distinta es ordenar la modificación de una cláusula, función que ni la LOSSP/1995 ni el Real Decreto 2.486/1998, de 20 de noviembre otorgan a la Administración.

La nulidad de las condiciones generales del contrato de seguro no se limita a la contravención de las normas imperativas de la LCS (incluidas las cláusulas lesivas, cuya inclusión en el contrato de seguro está prohibida por el art. 3 LCS), sino que también puede ser resultado de la infracción de otras normas imperativas que resulten de aplicación, como la LCGC y la LGDCU. Esta afirmación encuentra sustento en el art. 6.3 Cc:

“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Aplica este principio tanto para la LCS, como para la LCGC y la LGDCU, ya que como destaca GULLÓN BALLESTEROS, “no ha de constar expresamente en la ley la sanción de nulidad para el acto que la contraviene”³⁵¹.

En la LCGC las causas de no incorporación se fijan en el art. 7, que establece que:

“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la elaboración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

³⁵¹ A. GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario al Art. 6 del Código Civil, en AA VV: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, p. 36.

Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”

El literal a) del artículo transcrito encuentra su equivalente, en materia de contrato de seguro, en la falta de inclusión de las condiciones generales en la póliza y de entrega de ésta al asegurado, en atención al primer inciso del art. 3 LCS.

El literal b) del art. 7 LCGC, en cambio, encuentra su equivalente en el segundo inciso del párrafo primero del art. 3 la LCS, que establece la imposición de redacción de las condiciones generales y particulares “de forma clara y precisa”.

Por su parte, el art. 8 de la LCGC regula la nulidad de las condiciones generales, disponiendo que:

“1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”

La remisión normativa contenida en el art. 8.2º LCGC impone aludir a las disposiciones del art. 10 bis LGDCU, que ya hemos abordado en esta investigación.

En todos los casos antes descritos, en la medida que sean sometidos su validez a la decisión jurisdiccional, la sanción por el incumplimiento del mandato legal es la declaración de nulidad de las cláusulas, teniéndose por no puestas.

No obstante, la LCS, a diferencia de la LCGC y de la LGDCU, no regula, ni siquiera sesgadamente, los efectos a lo interno del contrato de la declaración de nulidad de alguna o algunas de sus cláusulas, es decir, los

casos de nulidad parcial, de forma que el contrato produce sus efectos sin tener en cuenta la existencia de la cláusula.

Teniendo en cuenta dicho vacío en la LCS, que no resulta ser baladí al considerar que todos los contratos de seguro se formalizan a través de la utilización de condiciones generales, la LCGC adquiere gran importancia para aplicar supletoriamente las normas de nulidad parcial e integración de los contratos. Así por ejemplo, la LCGC contiene normas detalladas que consagran el principio de conservación de los contratos, como el art. 10 que regula los efectos de la nulidad y la no incorporación de determinadas condiciones generales:

“Artículo 10. Efectos. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.”

Para corroborar la importancia de esta norma, basta apreciar el comentario de VIGUERI PEREA, anterior a la entrada en vigencia de la LCGC: “será siempre a los jueces a quienes corresponda declarar la nulidad parcial, de pleno derecho, o la anulación de las cláusulas contractuales, que se tendrán por no puestas, así como la limitación de su posible alcance y efectos de las mismas”³⁵².

Con gran fineza CLEMENTE MEORO comenta que “sólo cuando la cláusula anulada afecte a un elemento esencial del contrato resultará la ineficacia del mismo, pues en todos los demás supuestos o no habrá desequilibrio —ya que la nulidad de la cláusula lo que hará será restablecer el equilibrio, o resultará éste de la aplicación de la norma imperativa conculcada, o de la integración del contrato conforme a la norma

³⁵² A. VIGURI PEREA: *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano (Tratamiento especial del Derecho Norteamericano)*, Granada, Ed. Comares, 1995, p. 285.

dispositiva de la que se desvió, o por los usos o la buena fe—, o la situación no equitativa no será de carácter esencial y sí imputable al predisponente, y como nadie puede alegar su propia torpeza, tendrá que soportarla”³⁵³.

2. *Control administrativo*

A) Intervención “transversal”

En ocasiones la intervención del Estado en los seguros privados va a venir por medio de leyes dedicadas a materias no relacionadas con el seguro, pero que en su articulado se convierten en intervencionistas en dicha actividad dada su “transversalidad”, como por ejemplo ha ocurrido con la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la con la misión de eliminar las desigualdades entre unas y otros, viene a legislar sobre los contratos de seguros para prohibir la celebración de contratos que generen diferencias en las primas y prestaciones de las personas aseguradas cuando ello venga de que se haya considerado el sexo como factor de cálculo de dichas primas y prestaciones (art. 71.1º), no autorizando que los costes relacionados con el embarazo y el parto justifiquen diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente (art. 71.2º) y concediendo una acción al contratante del seguro que se considere perjudicado por esta discriminación para reclamar la asimilación de sus primas y prestaciones a la del sexo más beneficiado (art. 72.2º); ello significa prohibir a las aseguradoras el cobrar más cantidad por la mensualidad del seguro médico privado a las mujeres que a los hombres en las mismas condiciones de edad y prestaciones, pero a la vez cobrar más a los hombres por el seguro de circulación, lo cual considero que es un desacierto que se pretenda imponer por ley pues lo que ocurrirá es que se elevará la prima a los hombres en los seguros de salud y a las mujeres en los de circulación. En la igualdad entre mujeres y hombres

³⁵³ M. CLEMENTE MEORO, “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, en AA VV, *Contratación y consumo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1988, p. 295.

conviene tener en cuenta las leyes autonómicas promulgadas por las distintas Comunidades Autónomas, aunque ninguna de ellas afecta al seguro.

Igualmente la legislación comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea e incluso, la de los Tribunales de otros países de la UE como la tomada en lo referente al seguro el 5 de abril de 1996 por el Tribunal de Comercio de Bruselas, que consideró contrario a derecho (en concreto al art. 119 TCE) por discriminatorio, el art. 10 de una póliza de seguros por “pérdida de retribución” suscrita por Sabena a favor de su personal de vuelo, en virtud de la cual la cobertura finalizaba para el personal de vuelo masculino “entre el día de la fecha de su 55 cumpleaños y el día de la fecha del 60 cumpleaños del asegurado” mientras que para el personal femenino, la cobertura acababa “al final del mes en el cual la asegurada cumpla 55 años”³⁵⁴. Vemos pues que otra forma de la intervención del Estado es por la vía de los Tribunales, los cuales a través de sus sentencias van incluso modelando la redacción que deben tener las cláusulas de los contratos de los seguros, como por ejemplo la STS 5 de marzo de 2007, que ha establecido doctrina para distinguir entre las cláusulas limitadoras del riesgo y las limitadoras de los derechos de los asegurados, declarando que éstas últimas serán válidas sólo si “fueran destacadas especialmente y específicamente aceptadas por escrito” lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de redactar un contrato de seguros o la interpretación que se debe dar a las mismas como por ejemplo respecto del momento inicial del cómputo de los intereses de la indemnización a pagar por la aseguradora, cuestión que era siempre conflictiva³⁵⁵ pero que se ha establecido recientemente sea desde la fecha del siniestro por la

³⁵⁴ Y. BRULARD, P. DEMOLIN y M. TRONCOSO, “Los jueces nacionales y la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos en el Tratado de la Unión Europea” en *Revista Comunidad Europea Aranzadi*, 1996, nº 4, pp. 5–12.

³⁵⁵ SÁNCHEZ MONTENEGRO, J.C. “El recargo por mora del asegurador en los accidentes de circulación” en *Poder Judicial*, nº 8, junio 1995, pp. 207–228.

jurisprudencia del Tribunal Supremo, independientemente de lo que diga la póliza³⁵⁶. Esta intervención de los Tribunales no se limita a estos puntos generales si no que incluso entra en aspectos tan concretos como determinar que se paguen por la aseguradora los gastos judiciales de un asegurado en un pleito en el que aquella no intervino porque “como consecuencia de la actividad procesal del asegurado se redujo notablemente la obligación indemnizatoria y en consecuencia el pasivo recayente sobre el patrimonio de la aseguradora”³⁵⁷. Es importante no olvidar en este punto que por virtud del art. 3 LC, las sentencias del TS declarativas de nulidad de una cláusula contractual tienen eficacia *ultra partes* y da un mandato a la Administración Pública para intervenir obligando a todos los demás aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en cualquiera de sus pólizas.

D) Vigilancia de la Administración Pública

Establecer un control administrativo *ex ante*, el cual debería sumarse al control represivo, tiene la ventaja que radica en el mayor conocimiento de los órganos administrativos por sectores especiales para comprobar cuáles son las cláusulas abusivas específicas que se identifican en el mercado contractual. Pero, ante todo, el control preventivo o administrativo permite convocar la negociación entre los diversos protagonistas de la contratación en masa y establecer las cláusulas que ni siquiera deberían aparecer en los contratos, a fin de evitar la presencia de cláusulas abusivas sin necesidad de incurrir en los costos del control represivo. Las asociaciones de consumidores podrán, en conjunto con los empresarios, determinar cuáles estipulaciones contractuales aparecen como abusivas. Parece, entonces, ventajoso el fomento un control preventivo de las cláusulas abusivas. Para lograr un control *ex ante* eficaz la difusión tiene una función muy

³⁵⁶ Sentencias de 23 de febrero de 2006, 11 de diciembre de 2007, 28 de abril de 2008, 18 de septiembre de 2008 y 10 de diciembre de 2008

³⁵⁷ Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Bilbao de 12 de febrero de 2009 recogida en *Diario La Ley* de 22 de abril de 2009.

importante. En este sentido se podría imitar la experiencia francesa de la Comisión de Cláusulas Abusivas. En este órgano administrativo tienen participación los empresarios, consumidores, magistrados, y los académicos, logrando un informe anual según los diversos sectores del comercio.

Tradicionalmente la Administración española había jugado un papel fundamental en el campo de actuación fiscalizadora de las condiciones generales, más en particular, de las cláusulas de exclusión de la responsabilidad. La defensa del asegurado era un principio orientador en su actuación, el cual se realizaba en la práctica mediante el sistema de aprobación previa de las pólizas.

El control sobre las pólizas por parte de la Administración, en concreto por parte del Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Seguros, ha ido variando con el tiempo. El sistema de autorización previa de las pólizas, impuesto por la Ley de 14 de mayo de 1908, y continuado por la Ley de Ordenación de los Seguros Privados, de 16 de diciembre de 1954³⁵⁸, dio paso al régimen de presentación sistemática establecido en la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado³⁵⁹.

En la actualidad, el régimen de control de pólizas se recoge en el art. 24 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. De dicho artículo, es preciso destacar su numeral 2 con el siguiente tenor: “El contenido de las pólizas deberá ajustarse a esta ley. También a la Ley de Contrato de Seguro, en la medida en que resulta aplicable en virtud de las normas de Derecho Internacional privado contenidas en el Título IV de la misma”.

³⁵⁸ Sobre el antecedente sistema de control administrativo de bases técnicas, tarifas, pólizas y contratos, con especial mención al sistema instaurado por la Ley de 1954, *vid.* L. BENÍTEZ DE LUGO, *Tratado de seguros*, vol. IV, Parte séptima, *Regímenes legales de las empresas de seguros privados*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, pp. 3 ss, y especialmente, pp. 108–125.

³⁵⁹ *Cf.* A. MARINA GARCÍA TUÑÓN, “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual de seguros”, *CDC*, nº 10, 1991, pp. 52 ss.

El régimen de autorización y de remisión sistemática ha quedado suprimido según el numeral 5. En su lugar, la Dirección General de Seguros podrá prohibir la utilización de pólizas que no cumplan con lo dispuesto en el numeral 2 y, durante la tramitación de este procedimiento, podrá procederse a la suspensión cautelar de su utilización.

En ningún caso se podrá denegar la autorización administrativa para operar en virtud de las pólizas ofertadas por la entidad que solicita la autorización.

La Administración Pública competente, en principio, será el Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Dirección General de Seguros, pero también estarán obligadas a actuar las Administraciones de aquellas Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en la ordenación de seguros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 de la LOSSP/1995.

En resumen, el sistema actual de control de las condiciones generales de los contratos de seguro ha evolucionado hasta situarnos en un modelo cuya faceta administrativa³⁶⁰ incluye la actuación de la Administración ya no como un control previo, de autorización y aprobación de las condiciones generales, sino de vigilancia permanente. En este sentido, el art. 76.1º del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, en desarrollo de lo dispuesto en la LOSSP/1995, dispone que “los modelos de pólizas de seguros, las bases técnicas y tarifas deberán estar a disposición de la Dirección General de Seguros”, sin someterlas a control de autorización previa, conforme a lo establecido en el art. 24.5º de la mencionada Ley que prescribe que “los modelos de pólizas, las tarifas de primas y las bases técnicas no estarán sujetos a autorización administrativa ni deberán ser objeto de remisión automática a la Dirección General de Seguros”.

D) Control de la Administración Pública como consecuencia de la declaración judicial de nulidad de una determinada cláusula

³⁶⁰ Cf. A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 51.

Este segundo mecanismo de control administrativo en caso de cláusulas de exclusión de la responsabilidad, responde, al menos desde un punto de vista teórico, al principio de máxima interconexión entre todos los sistemas de control. Como hemos apreciado, el art. 3 LCS establece en su último párrafo que “declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas”. Una redacción que, como ya hemos criticado, resulta profundamente polémica. La filosofía de la norma responde a una tendencia encaminada a fortalecer los métodos y sistemas de control sobre un determinado clausulado contractual, tomando como referencia el hecho contrastado de la insuficiencia y limitaciones de resultados que produce un modelo de control exclusivamente judicial. Por lo general se reconoce que la tendencia actual se dirige hacia la multiplicidad de los sistemas fiscalizadores sobre las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad.

El sistema se ha implementado para evitar lo que es habitual en la actualidad: Que sea necesario volver a presentar ante los Tribunales la pretensión de nulidad de una cláusula tantas veces como contratos existan. O lo que es lo mismo, se trataría de evitar que los aseguradores continúen utilizando cláusulas exactamente iguales en sucesivos contratos. Las críticas se han dirigido, fundamentalmente, en tres sentidos: a) inconstitucionalidad por violación del art. 24 CE; b) incumplimiento del art. 1242 Cc, al representar una transgresión del límite subjetivo de la presunción de la cosa juzgada; y c) alteración del sistema de fuentes reconocido en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante la modificación o supresión de la cláusula idéntica, declarada nula por el TS, no debe provenir en virtud de una presunta nulidad de la misma, sino, y es lo trascendental, por una orden o prohibición dictada por la Administración en cumplimiento de un expreso mandato legal, nunca en virtud de una función discrecional, cuyo fundamento se encuentra en la declaración de nulidad emanada de la sentencia del TS. Este argumento es igualmente aplicable para contestar a la segunda de las críticas puestas en mención. El art. 1.252 Cc establece un límite subjetivo, la identidad personal, para que la

presunción de la cosa juzgada surta efectos en otro juicio. La simple lectura de la norma parece confirmar esta idea. Pero si analizamos el precepto, el art. 3, en su párrafo último, como una medida complementaria del control administrativo, esa opinión puede modificarse. Se trata sencillamente de una norma que anuda a un supuesto de hecho, en este caso una determinada sentencia del Tribunal Supremo, una específica consecuencia jurídica para la Administración competente: la de que en uso de sus prerrogativas y facultades, obligue a los aseguradores a modificar cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas. Se trata, por ende, del hecho en sí de la sentencia, y no ya de la propia declaración de la sentencia

La declaración de nulidad de la cláusula por parte del Tribunal Supremo no exige de tal expresión en la parte dispositiva de la sentencia. La simple deducción expresa o no, a la nulidad del término negocial, será suficiente para que la norma alcance su efectividad. Este razonamiento igualmente puede servir de fundamento para desestimar de la crítica que apunta hacia una consideración novedosa: la jurisprudencia como verdadera y propia fuente del derecho. No se trata de una violación de lo previsto en el n° 6 del art. 1 Cc, cuando exige de una reiteración en las decisiones del TS. Cabe reiterar que la norma solamente contiene un mandato de actuación a la Administración competente. A pesar de ello, parece que el resultado de la norma, sus efectos, al menos, si pueden suponer una modificación de lo previsto por el texto común. No cabe duda de que una sola sentencia va a crear doctrina legal, puesto que los aseguradores se cuidarán en exceso de incluir en sus contratos cláusulas semejantes o idénticas a la declarada como nula en la sentencia. Como vemos pues, el resultado perseguido por la norma es el mismo al que produciría una serie de sentencias con los mismos considerandos y fallos. Cuando el art. 3 confiere a la Administración esas facultades, el ejercicio de las mismas exige de dos requisitos previos: En primer término, la existencia de la sentencia del Tribunal Supremo; y en segundo término, la concreta identificación de la cláusula contractual, pero, y esto es otra limitante, sólo puede formar parte del condicionado general. Hasta qué punto esta última matización puede servir como una válvula de escape a la normativa legal, por la que puede esquivarse la finalidad perseguida por el legislador, a través de la inserción

de las cláusulas en el condicionado particular y no en el general, es un tema que la práctica nos lo indicará con el tiempo.

La actuación de la Administración no está atribuida a una discrecionalidad absoluta e, incluso, ni siquiera relativa. El acto de indicar que una cláusula es idéntica daría lugar, como ante todo acto de naturaleza administrativa, a la posibilidad de ser impugnado concedida por la vigente normativa, pudiendo llegar como es sabido hasta el conocimiento de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos. La contradicción salta a la vista surge inmediatamente, puesto que nos podríamos encontrar con que la determinación de la identidad de una cláusula que se pretende anular, de acuerdo con el modelo aplicado por el Tribunal Supremo, se llevaría a cabo por otro Tribunal. A final de cuentas estaríamos en presencia de un control mucho más judicial que administrativo.

Una vez conocida por la Administración la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, se le impone un elevado deber de diligencia, que en primer lugar consiste en averiguar en qué condiciones generales se emplean términos idénticos al que ha sido objeto de expresa declaratoria de nulidad por parte del Tribunal Supremo. Efectuada esta primera y laboriosa determinación, la Administración, por medio del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 29.1º. LOSSP/1995), dictará un acto-resolución, el cual, como es de entenderse, no tiene como efecto directo una declaración de nulidad, sino que impone una obligación a las compañías aseguradoras en el sentido de modificar el contrato, suprimiendo o modificando la cláusula en comentada. Cabe advertir que la actuación de la Administración no puede en ningún caso, al menos en por mandato de este precepto, realizar una labor de integración del contrato, de su contenido, sino simplemente supone la imposición de un deber, de una obligación de comprobar. Parece también claro que la nulidad de una cláusula no tiene por qué afectar a la validez o existencia general del contrato, a no ser que su supresión tenga como resultado directo, la imposibilidad de realización del negocio, lo cual no deja de ser posible, al menos teóricamente.

En cuanto se haya identificado qué cláusulas son idénticas a las declaradas nulas por la sentencia del Tribunal Supremo, la Administración deberá comunicar formalmente a la entidad aseguradora la obligación de

proceder a la eliminación de aquellas cláusulas objeto de declaración de nulidad y que figuran en su condicionado general. Ante esta notificación, a la entidad aseguradora se le presenta la opción de, o bien impugna la resolución de la Administración, principalmente porque estime que no existe la situación de que sean idénticas, llegando incluso a forzar una nueva sentencia del Tribunal contencioso competente, o bien se allana voluntariamente la decisión adoptada procediendo a la eliminación de la cláusula. En caso de que la compañía aseguradora se mantenga en una postura negativa, expresa o tácitamente, de eliminar la cláusula, entran en juego las disposiciones sancionadoras que establece la LOSSP/1995, en concreto, en su art. 43.6º.e), en relación con el art. 23.2º del mismo texto legal.

Dicho todo lo anterior, el verdadero desafío existe no en los casos de la obligación de eliminar cláusulas declaradas nulas por el TS, sino en los casos en que las cláusulas deban ser modificadas (porque el art. 3 LCS utiliza específicamente el verbo “modificar”) ya que como hemos venido manifestando ¿cómo se podría ordenar, a través de la Administración, la modificación de las cláusulas idénticas? Una cosa es eliminar el uso de una cláusula, y otra muy distinta es ordenar la modificación del contenido de una cláusula, función que ni la LOSSP/1995 ni el Real Decreto 2.486/1998, de 20 de noviembre otorgan a la Administración.

3. Control de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios

El mecanismo de control judicial de cláusulas sigue registrando ciertos inconvenientes en orden a su eficacia. Una reciente Circular de la Fiscalía General del Estado (noviembre de 2010) estima “claramente insuficientes” estas acciones como medio de protección al consumidor. Resulta evidente, dice la fiscalía, que la posición procesal de un consumidor o usuario aislado en un pleito seguido contra una gran empresa, aunque teórica y formalmente sea equivalente a la de ésta última, no lo es en la práctica: existe una desigualdad y un desequilibrio de medios entre ambas partes puesto que la entidad financiera goza de mayor poder económico.

Se precisa, por tanto hacer mucho más ágil el sistema de combate contra las cláusulas abusivas, que ahora coquetea con lo inoperante. Una propuesta muy concreta y sencilla es modificar la LGDCU, a fin de que se delegue en el Gobierno para que cada cierto tiempo, por ejemplo anualmente, y por medio de Real Decreto, señale redacciones concretas de cláusulas que son abusivas, y por tanto desde ese mismo momento, queden anuladas a todos los efectos. Esta norma periódica podría redactarse sobre la base de las propuestas presentadas por un órgano encargado de esa tarea, el cual podría ser la comisión parlamentaria correspondiente. De este modo, la sociedad civil, el ciudadano, de forma individual o a través de sus asociaciones o instituciones, podría dirigirse a ese órgano encargado de efectuar la propuesta denunciando los abusos contractuales que se estén produciendo con nuevas redacciones de cláusulas, las cuales podrían ser detenidas de forma ágil y eficaz, casi al mismo tiempo en el que van surgiendo, y sin costes judiciales agregados (aparte del compromiso que representa el acercar la acción política a la sociedad real).

Se ha discutido si las Asociaciones de Consumidores están legitimadas para defender judicialmente intereses ajenos. Así ocurrió en el caso que enfrentó a AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) contra la Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante. El problema trascendió en cuando a conocer qué requisitos debía reunir una asociación para quedar legitimada en la defensa de los intereses colectivos o difusos.

La SAP de Castellón, 31 de diciembre de 1999³⁶¹ se fundamenta en su decisión de las acciones contempladas en el originario art. 20.1º de la LGDCU, el cual reconoce tres tipos de acciones: las que se ejercitan en defensa de los asociados, las que lo son en defensa de la propia asociación y, por último, las ejercitadas en defensa de los intereses generales de los consumidores y usuarios. La sentencia reconoce que este tercer tipo de defensa es el que plantea mayores dificultades, si bien se encuentra avalado por el art. 18 del Decreto del Ministerio de Sanidad y Consumo 825/1990, de 22 de junio, así como por el art. 7.3 de la LOPJ. Pero esta conclusión se desarrolla de la siguiente manera:

³⁶¹ RJ 122/2000.

“Las asociaciones de consumidores, son titulares de derechos fundamentales recogidos en el art. 24.1º CE de acceso a la justicia. Sus intereses, no son sólo los económicos, así los recogidos en los arts. 7 a 12 LCU, sino también otros, como los de salud, adquisición de toda clase de bienes y servicios (art. 3 ss LCU), combatir la publicidad engañosa (art. 8.3 LCU), venta con regalo, reglas sobre utilización de aditivos, etc., resultando, que los intereses de los consumidores en el ámbito del art. 20.1º LCU, debe ser interpretado en un sentido amplio.

En dicho ámbito de los consumidores y usuarios, es de suma importancia determinar los fines, para poder distinguir aquellas asociaciones en la que su interés, es la defensa de los consumidores, de aquellas otras, que surgen como consecuencia de un problema concreto, y que cuando finaliza dicho problema, están llamadas a desaparecer. Por esta razón, no es suficiente la declaración en sus estatutos de unos determinados fines, para poder ser calificada como “asociación de consumidores y usuarios” en los términos establecidos en la LCU; es preciso, y así viene establecido en la ley de consumidores y en la escasa jurisprudencia existente al caso, que además, deben desarrollar una actividad de “información y educación” de los consumidores, tal como aparece en los artículos 6, 14.2, 17 y 18 de la LCU (asesoramiento jurídico, petición a las distintas Administraciones públicas, etcétera)”.

Además de las normas citadas en la sentencia, conviene recordar (en apoyo de lo decidido) el art. 25 de la Ley General de Publicidad, 34/1988, de 11 de noviembre, que también da legitimidad a las asociaciones de consumidores y usuarios para solicitar la cesación o rectificación de la publicidad ilícita. Incluso el art. 19.2º de la Ley de Competencia Desleal, 3/1991, de 10 de enero, también legitima a aquellas asociaciones para ejercitar determinadas acciones derivadas de la competencia desleal. Legitimación, sin embargo, que no se otorga frente a todos los actos de esta índole, sino solamente contra los que afecten a los intereses de los consumidores, pudiendo así ejercitar únicamente las acciones recogidas en los números 1º a 4º: declarativa de deslealtad, de cesación o prohibición del acto, de remoción de los efectos y de rectificación de las informaciones. De esta forma, quedan excluidas las acciones de enriquecimiento injusto y de resarcimiento de daños y perjuicios. Tampoco se puede soslayar lo dispuesto en los arts. 12 y 16 LCGC, en cuanto a las acciones colectivas de

cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, complementada en lo que respecta por el Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, sobre Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Algunas de las cláusulas declaradas nulas a instancias de OCU, en este caso por la Audiencia Provincial de Madrid, han sido las siguientes: A) La que exige al asegurado entregar el original, no una copia, de su póliza para poder solicitar el pago de la indemnización, una vez producida la contingencia o siniestro, ‘desposeyéndole así del documento’ y dejándole a merced de la compañía. B) Todas aquellas que incurren en falta de información sobre aspectos esenciales del contrato de seguro en cuanto a delimitación del riesgo y prestaciones. En los seguros de vida, aquellas que omiten el método del cálculo del valor del rescate y de la revalorización del capital; en los de vehículos, cuando no quedan claros los criterios de la aseguradora para modificar la tarifa de siniestralidad, el llamado “sistema bonus–malus”. Y es que, a veces, sin que el asegurado haya sufrido ningún siniestro ve cómo aumenta el precio de su póliza, sin saber en qué se basa la compañía para aplicarle la subida. C) La que otorga a la aseguradora unilateralmente el derecho de prestar o no defensa jurídica (pago de los gastos de abogado y procurador o poner al servicio del asegurado los de la compañía). Y la que en el mismo seguro de defensa jurídica exime a la aseguradora de tener que pagar los gastos de procurador y abogado de su cliente si éste gana el juicio y condenan en costas al contrario. Así el cliente tiene que adelantar todos los gastos y la aseguradora no paga nada. Por ejemplo, según glosa un agente de seguros con años de experiencia, si nos cae un tiesto sobre el capó del coche y el inquilino del inmueble no quiere pagar unos daños, que podrían rondar los 100 euros. En este supuesto, la aseguradora decidiría no iniciar por tan poco importe acciones judiciales y se reservaría la posibilidad de pagar los costes si el asegurado ganase el juicio, si lo perdiera, no. D) Aquella en la que la compañía se reserva la resolución del contrato por el mero acaecimiento del riesgo cubierto.

Queda claro que la anulación de una condición general por abusiva sólo compete a los tribunales. Y hay toda una colección de fallos que dictaminan que algunos de los acuerdos de los contratos con las compañías aseguradoras pueden considerarse nulos de pleno derecho por tratarse de un abuso de posición respecto al tomador del seguro. Es importante recordar siempre que aunque la Dirección General de Seguros haya aprobado el condicionado, esa aprobación no lo exonera de problemas de forma absoluta.

CONCLUSIONES

I

En gran parte de los contratos mercantiles, y entre ellos en el contrato de seguro, la igualdad de las partes es puramente teórica por ocupar una de ellas, en este caso el asegurador, una posición económica tan fuerte y privilegiada que le permite imponer su ley a los clientes (salvedad hecha de los grandes riesgos y del reaseguro). Los requerimientos del tráfico mercantil no permiten la negociación minuciosa de los contratos para su adaptación a los intereses concretos y específicos que pueden tener cada uno de los contratantes y, en consecuencia, aparecen contratos tipo, de contenido rígido y predeterminado, que se repiten uniformemente en una reiteración de contratos en los que la voluntad de la parte que contrata con el asegurador, apenas desempeña un protagonismo relevante. Al igual que en otros sectores del Derecho mercantil, el tráfico de seguros, se efectúa sobre la base de contratos uniformes, cuyo contenido se establece de antemano en unas cláusulas o condiciones generales que rara vez sufren modificaciones por las exigencias particulares de los clientes, prácticamente obligados a contratar bajo dichas condiciones, unilateralmente impuestas por el empresario aunque puedan no haber sido elaboradas por el mismo.

Consecuentemente, el contrato de seguro, como arquetipo de contrato formulado en base a condiciones generales, pone al tomador del seguro ante la necesidad de adherirse a los distintos tipos de pólizas, en situación

de evidente desventaja contractual que requiere la intervención del Estado para proteger sus derechos como consumidor, a través de normas de carácter imperativo.

Ante la diversidad de normas aplicables al régimen de condiciones generales de los contratos de seguro, el primer paso es reconocer que, aunque no de forma universal, tanto la LCGC como la LGDCU son de aplicación al contrato de seguro, ya que este género de contratación está basado en condiciones generales y en modo alguno la LCS regula las condiciones generales (se limita a nombrarlas), y en el caso de la LGDCU, reconociendo como factor clave la existencia de un asegurado con calidad de consumidor. Ante la dificultad que implica la idea de reformar la normativa o incluso de elaborar una Ley que regule en un solo cuerpo tan variadas instituciones, no cabe otra opción que la aplicación complementaria de la normativa de protección al consumidor y la LCGC, en armonía con la LCS, para una defensa más efectiva de los derechos de los asegurados.

II

El contrato de seguro continúa regido supeditado al principio de la autonomía de la voluntad, aunque con las evidentes limitantes que a dicho principio suponen el hecho de que se configure como un contrato de adhesión y el propio intervencionismo estatal. En los casos en que el contrato de seguro no se configura como contrato de adhesión, como por ejemplo en los grandes riesgos, rige con más fuerza el principio de la autonomía de la voluntad. Así por ejemplo el art. 44 LCS declara que no es de aplicación a los contratos de seguro por grandes riesgos el mandato contenido en el art. 2 de la propia Ley y ello para dar a los seguros de grandes riesgos una mayor libertad de contratación situando el principio de la autonomía de la voluntad en lugar de privilegio, tal y como señalaba la

exposición de motivos de la Ley 231/1990. Respecto a los seguros obligatorios, sin embargo, en vez de catalogarlos como contratos de seguro habría que catalogarlos obligaciones legales de asegurar.

En estos casos no sólo el clausulado le viene impuesto al asegurado sino que ni siquiera puede decidir si contrata o no, o lo que es lo mismo, si realiza el seguro o no, ya que la realización del seguro en sí misma es una obligación, cabiendo incluso la posibilidad de incurrir en una infracción penal en el caso de no tener pactado el seguro como ocurre si se circula con un vehículo a motor sin el correspondiente seguro obligatorio de responsabilidad civil. Por todo lo anterior, en las obligaciones legales de asegurar, sólo les queda dentro del ámbito de su voluntad, decidir con qué compañía realizan el seguro.

III

La normativa relativa a los contratos de seguro, al menos sus disposiciones de carácter secundario, tiene por objeto proteger a la parte más débil y puede denominarse derecho de los consumidores desde un punto de vista funcional. No obstante, tradicionalmente, la protección de los asegurados va más lejos que el Derecho general de los consumidores: junto a los clientes privados, se protege a los pequeños empresarios cuando contratan un seguro.

Pese a su carácter aparentemente tuitivo, en el marco de consumidores y usuarios, el intervencionismo del legislador puede dar lugar al progresivo deterioro de la cláusula general y su desarrollo judicial, si bien parece relevante destacar que existe una conciencia creciente de su existencia, perceptible en sectores relacionados con la protección de los consumidores. Al respecto, la Directiva 13/93 supuso un punto de inflexión importante a ese respecto.

La Ley de Contrato de Seguro de 1980 tuvo la clara intención de tutelar a los asegurados como contratantes más débiles, con el propósito de equilibrar la posición que de hecho tienen las partes en el contrato de seguro, y para ello declaró que sus preceptos tenían el carácter imperativo a no ser que dispusieran otra cosa, siendo no obstante válidas las cláusulas contractuales que fueran más beneficiosas para el asegurado. Pero al margen de esta modificación legislativa, ha de hacerse referencia a que ya la promulgación de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios en 1984, implicó una protección adicional en cuanto que había de aplicarse a los contratos de seguro en aquellos supuestos en los que el asegurado fuera considerado como consumidor en el sentido de esa Ley, en tanto en cuanto pudiera ofrecer en un determinado caso concreto una condición más beneficiosa que la contenida en la Ley de Contrato de Seguro. Esta protección se ha incrementado con la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de Julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que se ha llevado a cabo por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, la cual ha dado una nueva redacción a su art. 10 sobre las cláusulas no negociadas individualmente con los consumidores y también mediante la adición de un art. 10 bis relativo a las cláusulas abusivas, cuya enunciación se ha detallado en la disposición adicional primera de la referida Ley de los Consumidores, que parte de la declaración genérica de la nulidad de las cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe que causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los asegurados. Principios de buena fe y de equilibrio en las prestaciones que son fundamentales en el régimen de las obligaciones y contratos, más fácil de valorar el primero con relación al contrato de seguro que el del equilibrio en las prestaciones, dada la dificultad, en especial desde la perspectiva del asegurado, de la correspondencia adecuada entre la prima y el riesgo asumido por el asegurador.

IV

La delimitación convencional de la extensión personal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil genera una copiosa conflictividad, que está íntimamente vinculada a la existencia de una diversidad de criterios en el ámbito jurisprudencial en torno al propio carácter de las mencionadas cláusulas. En esta materia gravita la controversia vigente en torno a la eventual naturaleza de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados de las cláusulas delimitadoras del riesgo, con la consiguiente repercusión respecto de la integración del contenido del contrato. Una materia en la que no cabe la enunciación de soluciones categóricas, toda vez que la apreciación de las estipulaciones discutidas –según la postura propugnada en lo concerniente a la hipotética naturaleza limitativa de aquellas– está en función de factores tales como la índole usual u ordinaria de las exclusiones de la cobertura o la misma redacción de la póliza en lo tocante a la precisión del riesgo. Desde el punto de vista de los intereses de los aseguradores, es conveniente tratamiento de cláusulas limitativas a las exclusiones personales de cobertura. De este modo se evitarían de modo concluyente ulteriores conflictos sobre la materia que pudieran determinar la apreciación de una eventual obligación de indemnización a cargo del asegurador como consecuencia del incumplimiento de los requisitos de inclusión del art. 3 LCS, so pretexto de la consideración de las mencionadas excepciones como restricciones de los derechos de los asegurados. De cualquier modo, la omisión de los referidos requisitos no empecería la defensa de los intereses de los aseguradores con arreglo a un planteamiento estrictamente conceptual del problema, si bien en este último caso no cabe desconocer que las posibilidades de éxito se encuentran notablemente reducidas en razón de la ausencia de una doctrina jurisprudencial unívoca.

La prohibición de lesividad que establece el art. 3 LCS es una protección complementaria para el asegurado, dado que pueden existir

cláusulas que perjudiquen considerablemente al asegurado siendo lesivas, pero que no vulneran expresamente ningún precepto imperativo de la LCS. La carencia del art. 3 LCS es la falta de expresa definición de lo que puede entenderse por cláusula lesiva, lo cual debe compensarse analógicamente considerando que las cláusulas lesivas no son otra cosa que las cláusulas abusivas equiparables del contrato de seguro, y para tal efecto es perfectamente aplicable la referencia de las cláusulas abusivas que sí define y numera la LGDCU.

V

Las cláusulas lesivas, a pesar de que el efecto de nulidad no se expresa en el art. 3 LCS, y aunque hayan sido aceptadas de forma específica por el asegurado, son siempre nulas por ser contrarias a derecho, de conformidad con el CC, y porque si se integran por referencia a la categoría de cláusula abusiva de la LGDCU, la cláusula lesiva también puede considerarse abusiva y por lo tanto nula.

Al contrario de las cláusulas lesivas, en caso de que una cláusula limitativa de derechos del asegurado sea aceptada de forma específica, cumpliendo los requisitos de incorporación del art. 3 LCS, será tomada por válida, a menos que la misma además de ser limitativa se compruebe su lesividad, lo cual implicaría nulidad de pleno derecho. El principio de transparencia, que constituye el sostén del régimen especial de las cláusulas limitativas, actúa en este sector de una forma penetrante respecto de las cláusulas que conciernen a la reglamentación del contrato. Las cláusulas que fijan la cuantía de la indemnización no son limitativas de los derechos del asegurado sino delimitadoras del riesgo, tanto al fijar el máximo de la indemnización como al fijar el mínimo del que quedará exenta la cobertura, esto es las franquicias. Por lo demás esos límites son oponibles al tercero perjudicado. La obligación de la aseguradora de indemnizar lo es, según el

art.1 LCS, dentro de los límites pactados, por lo que no puede el perjudicado que ejercita la acción ex-art.76 LCS pretender que su acción sea inmune a una objeción del asegurador que entra dentro del ámbito constitutivo de la obligación del asegurador.

Las cláusulas delimitadoras del riesgo, a pesar de algunas incoherentes sentencias del Tribunal Supremo que dicen lo contrario, no pueden ser consideradas como cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, y por lo tanto no requieren del requisito de aceptación especial o doble firma consagrado en el art. 3 LCS.

Caso contrario es el de las cláusulas de exclusión de cobertura, que deben considerarse cláusulas limitativas por restringir el derecho del asegurado a percibir la indemnización. Siendo entonces las exclusiones de cobertura las cláusulas que debidamente aceptadas en atención al artículo 3 LCS, restringen y limitan el derecho a ser indemnizado.

VI

Durante una larga etapa, el Tribunal Supremo ha contribuido más a confundir los conceptos que a esclarecer la distinción uniforme entre las cláusulas definitorias del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado. Algunas de sus sentencias han establecido que la delimitación del riesgo supone una limitación de derechos, y en otras sentencias ha calificado como delimitadora del riesgo cláusulas que en realidad son de exclusión de cobertura. Toda la problemática distinción entre cláusulas limitativas de derechos del asegurado y cláusulas delimitadoras del riesgo se recrudece porque en la práctica no es complicado que el asegurador configure previamente la redacción de forma tal que una cláusula delimitadora del riesgo se convierta en una cláusula de exclusión de cobertura con una simple conversión en la connotación positiva (riesgo

incluido) en el caso de las delimitadoras del riesgo, a negativa (cobertura excluida), y viceversa.

La delimitación del riesgo en los seguros de Responsabilidad civil, en particular en el caso de las cláusulas *claims made* encontró solución a los problemas que afrontaban las entidades aseguradoras a través de la LOSSP/1995, que en su disposición adicional sexta introdujo un nuevo párrafo en el art. 73 LCS. Esta modificación legal permite soslayar varios de los problemas que se han generado en los últimos años en el seguro de responsabilidad civil, ya que da entrada con rango de ley a las precitadas cláusulas *claims made* o de reclamación; ello permite, dentro de los límites contenidos en la propia disposición, optar a las aseguradoras y a los asegurados por otras coberturas que no desdibujan la responsabilidad, pero que sí, por contra, flexibilizan la gestión aseguradora de la responsabilidad civil, siempre y cuando se cumplan los requisitos de inclusión que para las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados señala el art. 3 LCS .

VII

Existe la inoperancia práctica del pretendido efecto *ultra partes* de la sentencia del Tribunal Supremo que declara la nulidad de una cláusula que forma parte de condiciones generales en los contratos de seguro. Y esa inoperancia se debe a la mala redacción del párrafo final del art. 3 LCS , que impone la función a la Administración pública de obligar a los aseguradores a modificar las cláusulas que tengan en sus pólizas que sean idénticas a la declarada nula. Si conforme a la Ley la potestad del Tribunal Supremo se limita a declarar la nulidad de la cláusula, no podrá señalar en la sentencia proferida el contenido exacto y literal de la cláusula en el sentido que deba ser modificada, y la Administración pública tampoco puede atribuirse esa función porque no forma parte de su sistema de control administrativo.

Con base en los criterios de nulidad parcial e integración de los contratos que recogen la LCGC y la LDCU, la nulidad de una cláusula lesiva o limitativa no se extenderá al resto del contrato de seguro, salvo que por sus características afecte a la propia esencia del contrato y que lo haga inviable. En beneficio del asegurado deberá procurarse salvaguardar el contrato suscrito.

VIII

Sería aconsejable establecer técnicas de protección al consumidor/asegurado por la vía de estos tribunales arbitrales pues la genérica remisión al juzgado ordinario ya no es de mucha utilidad para el particular que tiene que defenderse frente a una gran compañía. Esta solución de los problemas por una vía especial no choca con la concepción del seguro, pues el seguro es en sí mismo una actividad muy especializada, tanto que, como hemos indicado antes, la Ley no permite a las entidades aseguradoras el ejercicio de ninguna otra.

De esta suerte, el arbitraje comercial internacional se configura como el más indicado mecanismo de resolución de los conflictos que puedan surgir a consecuencia de la conclusión de contratos de reaseguro, desplegando en este ámbito la totalidad de las ventajas que tradicionalmente y con carácter general le vienen siendo atribuidas. En primer lugar, sirve para dispensar la más adecuada respuesta a la especialidad del sector, en la medida en que permite nombrar como árbitros a expertos en la materia. En segundo término, gozará de una mayor confidencialidad que los procedimientos jurisdiccionales. En tercer y cuarto lugar, si se adoptan las debidas cautelas, tanto la neutralidad e imparcialidad del árbitro o árbitros como la celeridad

del procedimiento arbitral quedarán garantizadas. Y finalmente, en conexión con la última circunstancia, el arbitraje resultará técnicamente más barato.

IX

El desarrollo real de un contrato de seguro interno exige el cumplimiento de una condición previa: la armonización y unificación de estas limitaciones a la libertad de contrato de seguros, con la secuela de que todos los contratos tipo consentidos por dichas normas uniformes podrán ofrecerse en franca competencia en todos los Estados de la UE y con ello dar lugar a un mercado no dividido. El ordenamiento regulador de la actividad aseguradora en el ámbito europeo es fruto de tres generaciones de Directivas, que no han podido evitar cautelas y reservas ni erradicar los intereses en presencia de las compañías aseguradoras. No obstante, desde la perspectiva de las libertades comunitarias de establecimiento y de libre prestación, han auspiciado la consecución de una licencia o pasaporte único. La consecución de ese mercado único asegurador no puede hacerse a espaldas de la necesaria tutela y protección jurídica del consumidor de seguros. La adaptación del Derecho interno español a las Directivas comunitarias sobre seguros directos ha experimentado varias modificaciones, que van desde el disgregado régimen compuesto por preceptos contenidos en el Convenio de Roma de 1980 y en las segundas Directivas de las tres generaciones de instrumentos de esta índole y sus transposiciones al derecho interno contenidas en los arts. 107 al 109 LCS, que contienen las normas de derecho internacional privado incluyendo la determinación de la ley aplicable. Con posterioridad, y con la entrada en vigor del Reglamento Roma I, de conformidad con su artículo 28, las previsiones contenidas en su artículo 7 reemplazan a las normas de

Derecho Internacional Privado (artículos 107 a 109) que integran el Título IV de la LCS, las cuales sólo mantienen su vigencia sobre aquellos contratos que hayan sido celebrados con anterioridad a su entrada en vigor.

Las críticas al Reglamento Roma I se concentran en que si bien cumplió con la superación de la diversidad de instrumentos vigentes durante la situación previa a su entrada en vigor, no acabó con la diversidad de criterios y soluciones al problema de la ley aplicable, fruto de la coexistencia entre el Convenio de Roma y las Directivas sobre seguros. Cualquier propuesta de modificación tendrá que esperar pacientemente hasta que el 17 de junio de 2013 venza el plazo fijado en la cláusula de revisión del Reglamento (art. 27.1º), fecha en que la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe relativo a la aplicación del Reglamento Roma I y propuestas de modificación.

Ante las dificultades de armonización material de un sector tan complejo, los principios europeos del contrato de seguro son la solución que se pretende dar a la rigidez de los ordenamientos nacionales toda vez que las fronteras se diluyen y el tráfico jurídico económico se hace más internacional. Se describen como un instrumento compacto, íntegro y opcional. Han sido preparados como un instrumento alternativo y opcional que permita a los aseguradores y tomadores del seguro elegirlos en vez del derecho nacional del contrato de seguro, incluyendo el derecho imperativo, siendo éste un gran obstáculo a superar. La adopción de los principios europeos del contrato de seguro parte de una finalidad clara, la cual es implementar las relaciones de seguro en todo el espacio europeo y que harían posible que las entidades aseguradoras suministren sus servicios en todo el mercado interior, basándose en normas uniformes que establecen un elevado nivel de protección para el tomador del seguro.

X

Finalmente, y continuando en el ámbito de la UE, un régimen unificado permitiría a las aseguradoras promover estrategias de comercialización en toda la Unión Europea. Pensemos, por ejemplo, en las posibilidades que otorga un instrumento opcional a la comercialización a través de un portal de internet. Esta nueva normativa permitiría elaborar contratos de seguros que podrían ser suscritos por un tomador situado en cualquier Estado miembro de la UE. Cada vez son más frecuentes los intercambios de todo tipo (comercial, deportivo, cultural, etc.) en las zonas fronterizas. El superar la sectorización que entraña el Derecho nacional permitiría a los mediadores de seguros distribuir seguros en ambos lados de la frontera, posibilidad que a la fecha las aseguradoras objetan ya que las pólizas están redactadas con sujeción a un solo ordenamiento jurídico. Igualmente, se superarían los problemas de una gran cantidad de personas que residiendo en un país se desplazan a otro frecuentemente –por ejemplo, a desarrollar su actividad profesional– con las dificultades de cobertura que ello implica. Para los ciudadanos de la UE que cambian continuamente de residencia representa un grave inconveniente el tener que cambiar de contrato de seguro con asiduidad, con la problemática jurídica e incluso de incremento de primas que implica esta práctica. Si existiese una regulación uniforme las aseguradoras podrían redactar seguros cuyo ámbito de cobertura territorial fuera toda la Unión Europea.

En síntesis, un instrumento opcional permite mantener inalterados los Derechos nacionales y dejar que sea el mercado el que decida sobre los beneficios de la nueva regulación. Solamente tendrán que asumir los costos de transacción propios de someterse al instrumento opcional aquellas aseguradoras que libremente así lo dispongan.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCON FIDALGO, J.: “Últimas Tendencias del Seguro de Responsabilidad Civil de Productos en Estados Unidos”, *Seguridad y Responsabilidad de Productos*, Madrid, Mapfre, 1986, p. 146.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: “Art. 1. Ámbito objetivo”, en MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A. y DIEZ- PICAZO, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: “El Proyecto de Ley sobre Condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, *RDBB*, 1997-3, pp. 839-902.
- ALFARO AGUILA-REAL, J.: “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, *ADC*, 1994, pp. 305-323.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 201.
- ALPA, G.: “L’incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune”, *RTDPC*, 1997, pp. 237-53.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Condiciones generales en la contratación internacional*. La Ley, Madrid, 1992, pp. 106-111.
- ÁLVAREZ LATA, N.: *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004.
- ÁLVAREZ MORENO, M^aT.: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, Edersa, 2000.
- ANDREU MARTÍ, M^a del M.: “Contratos de seguro con consumidores”, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- ANGEL YAGÜEZ, R. de: “El Proyecto de Ley sobre Condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria”, *BICRE*, dic.-1997, pp. 2.831-75.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L. y otros: *Cuestiones Actuales del Derecho de Seguros*, Barcelona, 2002.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L.: “La reforma de la Ley de Contrato de Seguro a los veinte años de su aprobación”, *RES*, nº 104, 2000, pp. 827 ss.

- APARICIO GONZÁLEZ, M. L.: “Consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de la póliza del contrato de seguro”, en J.L. Iglesias Prada (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, 1996, p. 2738
- ARQUILLO COLET, B.: “El valor venal como límite de la indemnización. Comentario a la STS, 1ª, 23.10.2002”, en *Indret* 3/2003, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., y RODRÍGUEZ, J. M. (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Tecnos, 1999.
- ARTUCH IRIBERRI, E.: “El convenio arbitral defectuoso”, *RCEA*, vol. XI, 1995, pp. 415–421.
- AUDIT, B.: “Implementation of the Second Directive on Choice of Law Issues: The French Statute of December 21, 1989”, *International Insurance Contract Law in the EC, Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23–24, 1991*. (REICHERT–FACILIDES, F. y JESSURUN D’ OLIVEIRA, H. U., eds.). Deventer, Kluwer, 1993.
- AZA CONEJO, MªJ.: “La protección de intereses económicos”, en A. DE LEÓN ARCE, C. MORENO LUQUE y Mª J. AZA CONEJO, *Derecho de Consumo*. Oviedo, Editorial Forum, 1995.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A.: “Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)”, *La Ley*, 1 de septiembre de 1999, pp. 1–7.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A.: “La Ley de condiciones generales de la contratación, Derecho del consumo, Derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas”, *AC*, nº 20, 2000, p. 744.
- BALLESTEROS GARRIDO, J.A.: *Las condiciones Generales de los Contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, Bosch, 1999.
- BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Dykinson, Madrid, 1998.
- BATALLER GRAU, J.: “Un mercado europeo del seguro: claves para una revisión”, *Derecho Privado Europeo* (Cámara Lapuente, coord.), Madrid, 2003, pp. 741–757, p. 748.
- BENEDETTI, G.: “Tutela del consumatore e autonomia contrattuale”, *RTDPC*, 1998–1, pp. 17–32.
- BENÍTEZ DE LUGO, L.: *Tratado de seguros*, volumen IV. Parte séptima, *Regímenes legales de las empresas de seguros privados*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, pp. 3, 108–125.
- BENITO OSMA, F.: “El contrato de seguro se electrifica”, *Derecho de los Negocios*, 2004, nº 163, pp. 15–18.
- BENJAMIN, P.: “The ECE General Conditions of Sale and Standard Forms of

- Contracts”, *Journal of Business Law*, 1961, p. 119.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, A.: “Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español”, en *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 17–21.
- BERCOVITZ, A.: “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona, Aranzadi, 2000.
- BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (coords.): *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992.
- BERCOVITZ, R., “La transposición de la directiva comunitaria al Derecho español”, en U. NIETO CAROL (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 435.
- BERCOVITZ, R.: “Art. 44. Derecho de desistimiento”. En AAVV: *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 716.
- BERCOVITZ, R.: “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BLANCO GIRALDO, F. L.: *La Ley de Contrato de Seguro en la Doctrina del Tribunal Supremo (1980–1990)*, Madrid, Dykinson, 1991.
- BLANCO–MORALES LIMONES, P.: “La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de seguro”, *RES*, nº 52, octubre–diciembre, 1987, pp. 73–105.
- BLANCO–MORALES LIMONES, P.: “La determinación del Derecho aplicable al contrato internacional de seguro”, *RES*, nº 56, octubre–diciembre, 1988, pp. 57–58.
- BLANCO–MORALES LIMONES, P.: *El seguro español en el Derecho internacional privado (Derecho comunitario)*, Madrid, Caser, 1989.
- BLANCO–MORALES LIMONES, P. / CARBONELL PUIG, J.: *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, Madrid, Colex 2002, pp. 28 ss.
- BOGGIANO, A.: “International Standard Contrats”, *R. des C.*, t. 170, 1981, pp. 28–33.
- BONELL, M.J.: *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milán, 1976, pp. 54–57.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “La aplicación en España del convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 5 de mayo de 1994)”, en *AAMN*, 1995.
- BOTANA GARCÍA, G.: “Los contratos a distancia y la protección de los consumidores”. En ILLESCAS ORTIZ, R. (DIRECTOR): *Derecho del comercio electrónico*, Madrid, La Ley, 2001.

- BOTANA GARCÍA, G.: “Noción de comercio electrónico”. En BOTANA GARCÍA, G. (COORDINADORA): *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, La Ley, 2001.
- BOTANA GARCÍA, G.: “Noción del consumidor”, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- BROSETA PONT, M.: *El contrato de reaseguro*, Madrid, Ed. Aguilar, 1961.
- BRULARD, Y., DEMOLIN, P. y TRONCOSO, M., “Los jueces nacionales y la igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista Comunidad Europea Aranzadi*, 1996, nº. 4, pp. 5–12.
- BUENDÍA MARTÍNEZ M.I.: “La defensa de los derechos del consumidor en España”. *Esicmarket*, nº 84, 1994, pp. 47–61.
- BUONOCUORE, V.: “Contratti del consumatore e contratti d’impresa”, *Riv. dir. civ.*, 1995–1, pp. 1–41.
- BUSTO LAGO, J. M. (coord.): *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la Perspectiva del Consumidor*, Madrid, Thomson–Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, 2008.
- BUSTOS PUECHE, J.E.: “Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho del Consumo”, *La Ley*, 1990–3, pp. 857–64.
- BUSTOS PUECHE, J.E.: “Juicio crítico al pretendido Derecho de Consumo”, *La Ley*, 1993–4, pp. 966–73.
- CABALLERO SÁNCHEZ, E.: *El consumidor de seguros: Protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: “Art. 45”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Madrid, Tecnos, 1991.
- CALAIS–AULOY, J.: “Les clauses abusives en Droit Français”, en J. GHESTIN, ed., *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, actes du table ronde du 12 décembre 1990*, París, LGDJ, pp. 111 ss.
- CALAIS–AULOY, J.: “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1994–2, pp. 239–54.
- CALONGE CONDE, M., “Las modificaciones del régimen de contratación en seguro en la Ley 34/2003 y en el Real Decreto 397/2004”, *RES*, nº 120, 2004, pp. 535 ss.
- CALZADA CONDE, M.A.: “La delimitación del riesgo en el seguro de responsabilidad civil: el nuevo párrafo segundo del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, *RES*, nº 89, 1997, pp. 917 ss.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J. A.: *Armonización del Derecho de seguro de daños en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1996.
- CAMACHO DE LOS RÍOS, J., “El saneamiento y liquidación de las Compañías de Seguros en el Derecho comunitario”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pp. 5099 ss.

- CANO RICO, J. R.: *Manual Práctico de Contratación Mercantil*, t. I, 4ª Edición, Madrid, Tecnos, 1999.
- CAPRIOLI, E. A. y SORIEUL, R.: “Le commerce international électronique: ver l’emergence de règles juridiques transnationales”, *Journal de Droit International*, nº 2, 1997, p. 368.
- CARBONELL PUIG, J.: “Derecho aplicable al contrato internacional de seguro de vida”, *RES*, nº 90, abril-junio, 1997.
- CARBONELL PUIG, J.: *Los contratos de seguro de vida. Normativa interna y comunitaria*, Barcelona, Boch, 1994.
- CARMONA RUANO, M.: “Las cláusulas definitorias y las cláusulas limitativas del contrato de seguro”, *RES*, nº 89, enero-marzo 1997, pp. 69 a 110.
- CARRASCO PERERA, A. (dir.): *El derecho de consumo en España: Presente y futuro*, Madrid, Edita el Instituto Nacional del Consumo, 2002.
- CASTRILLO SANTOS J.: “Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos”, *ADC*, 1949.
- CERVILLA GARZÓN, Mª D.: “Una nueva visión de la responsabilidad profesional del abogado”, *AC*, nº. 40 (27 octubre 2003 – 2 noviembre 2003), Marginal 1075.
- CHÍAS, J.: *El Mercado son las personas. Marketing de las empresas de servicios*, Barcelona, McGraw Hill, 1992.
- CLARKE, M. A.: *The Law of Insurance Contracts*, 3ª ed., Londres, Insurance Law Library, 1997.
- CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H.: “El control de las condiciones generales de los contratos”. En *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: “Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)”, *ADC*, 1998-3, PP. 1.301-15.
- CLEMENTE MEORO, M.: “El régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas”, en AA VV: *Contratación y consumo*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1988, p. 295.
- COCA PAYERAS, M.: “Comentario al Art. 10.2º”, en Bercovitz – Salas (dirs.), *Comentario a la ley general para la defensa de consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, pág. 328.
- COCA PAYERAS, M.: “Protección del Consumidor y Condiciones Generales de la Contratación”. En *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*. Valladolid, Edita la Junta de Castilla y León, 1992, pp. 48-51.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.
- CORONAS GONZÁLEZ, S.M., “La Ordenanza de seguros marítimos del Consulado de la Nación de España en Brujas” en *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LIV (1984), págs. 383-407.

- CRESPO HERNÁNDEZ, A.: “Contrato de seguro”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.): *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Eurolex, 1996.
- CUERVO, A., RODRÍGUEZ, L., PAREJO, J.A. y CALVO, A.: *Manual de Sistema Financiero Español*, Barcelona, Ariel, 1998.
- DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., CAMACHO DE LOS RÍOS, J. (coords.): *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Barcelona, Atelier, 2002.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta”, *ADC*, t. XI, fasc. IV, octubre–diciembre, 1958.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, t. XXXV, 1982.
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949, p.539
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, 2ª ed., Madrid, 1985.
- DE LA MAZA, I.: “Contratos por adhesión: una mirada al caso estadounidense”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 5, 2005.
- DE LOS MOZOS, J.L.: *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 56.
- DEL CAÑO ESCUDERO, F.: *Derecho español de seguros*. Tomo I, 3ª edición, Madrid, Dykinson, 1983, p. 475.
- DEL MARMOL, Ch. : “Les clauses contractuelles types, facteur d’unification du droit commercial”, *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gante, 1966, p. 313.
- DÍAZ ALABART, S.: “Artículo 6. Reglas de interpretación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (R. BERCOVITZ, coord.), Elcano, 1999, pp. 193–232, p. 199.
- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, AAVV dirigidos por BERCOVITZ, A., y SALAS, J., Civitas, Madrid, 1992.
- DIAZ BRAVO, A.: *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía*. Tomo 3. México, D.F., Iure Editores, 2005.
- DIAZ BRAVO, A.: *Contratos Mercantiles*. México, D.F., Harla, 1983.
- DIAZ BRAVO, A.: *Derecho Mercantil*. Tomo 1, Segunda Edición, México, D.F., Iure Editores, 2007.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 32.
- DÍEZ–PICAZO, L.: “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozo de una Evolución)”. En MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A. y DIEZ– PICAZO, L. (DIRECTORES): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pág. 61.
- DÍEZ–PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999.
- DÍEZ–PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. Primero, 5ª edición, Madrid, Civitas, 1996.

- DONATI, A.: *Manuale di Diritto delle Assicurazioni Private*, Milán, Giuffrè– Editore, 1956.
- DONATI, A.: *Trattato del Diritto delle assicurazioni private*, Volumen I, Milán, 1952, p. 6.
- DOSI, L.K.: “Lo ‘status’ del consumatore: prospettive di Diritto comparato”, *RDC*, 1997, pp. 667–87.
- DRAETTA, U.: “La Battle of Forms nella prassi del commercio internazionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1986, pp. 319 ss.
- DUBUISSON, B.: *Le droit applicable au contrat d’assurance dans un espace communautaire intégré*. Tesis doctoral. Universidad Católica de Lovaina La Nueva, 1994.
- DUQUE, J.: “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores”, en *Estudios sobre consumo*, nº 3, diciembre de 1984, p. 66.
- DURÁN RIVACOBIA, R.: “Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, *RDP*, 2000, p. 119.
- DURANY PICH, S.: “Artículos 5 y 7. Requisitos de incorporación”, en MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A. y DIEZ– PICAZO, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.
- EHRENZWEIG, A.: “Adhesion contracts in the conflict of laws”, 53 *Colum. L. Rev.* 1072, 1088–89 (1953).
- EMBED IRUJO, A., *Ordenación del seguro y competencias de los Poderes Públicos*. Editorial Cedecs, S.L., Barcelona, 1997, 69 pp.
- EMBED IRUJO, J. M.: “El consumidor ante el Derecho de seguros”. En AA VV: *Estudios sobre el Derecho de consumo*, 2ª Edición. Bilbao, Iberdrola, 1994, p. 250.
- EMBED IRUJO, J. M.: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*. Coordinados por BOQUERA MATARREDONA, J., BATALLER GRAU, J., OLAVARIA IGLESIA, J. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- EMBED IRUJO, J.M.: “Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho Español”, *RES*, nº. 91, 19. 7 y ss.
- EMBED IRUJO, J.M.: “El consumidor ante el derecho de seguros”, *Estudios sobre el Derecho de Consumo*, 2.ª ed, Bilbao, Iberdrola, 1994, pp. 158 ss.
- EMBED IRUJO, J.M.: “Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado en las condiciones generales del seguro. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 4 de noviembre de 1991”, *La Ley*, 1992–2, pp. 701 ss.
- EMPARANZA, A.: “La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato”, *RDBB*, nº 68, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1997, p. 1325.
- ESPIAU ESPIAU, S. (ed.): *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

- ESPINAR VICENTE, J.M.: *Curso de Derecho internacional privado español. Derecho procesal civil internacional. Competencia judicial internacional. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeros*, Madrid, 1993.
- ESTEBAN TALAYA, A.: *Principios de Marketing*, Madrid, ESIC, 1997.
- EVANGELIO LLORCA, R.: “La validez de las cláusulas claims made antes y después de las modificaciones del art. 73 de la Ley de contrato de Seguro por la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados”, *RGD*, nº 651, 1998, pp. 14667 ss.
- EZQUERRA UBERO, J.: “La ley aplicable al contrato según los artículos 107, 108 y 109 de la Ley de Contrato de Seguro”, *Revista de Derecho de los Seguros Privados*, año 4, nº 1, enero–febrero, 1997.
- FALLON, M.: “The Law Applicable to Compulsory Insurance and Life Assurance: Some Peculiarities”, *International Insurance Contract Law in the EC, Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23–24, 1991*. (REICHERT–FACILIDES, F. y JESSURUN D’ OLIVEIRA, H. U., eds.). Deventer, Kluwer, 1993.
- FARNY, D.: *Insurance Handbook of German Business Management*, Stuttgart, Ed. Irwin Grochla, Stuttgart, 1990.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: “El control de las cláusulas contractuales abusivas en relación a la responsabilidad por daños y su aseguramiento”, *Inuiria: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, Centro de Estudios del Seguro, Madrid, núm. 4, octubre–diciembre 1994.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, J.: *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (póliza Dcoords.0)*, Comares, Granada, 1998.
- FERNÁNDEZ GIMEMO, J. P.: “El ámbito subjetivo de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en REYES LÓPEZ, Ma. J. (COORDINADORA): *Derecho de Consumo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERNÁNDEZ ISLA, G.: *Economía y Seguro*, Madrid, INESE, 1993.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: *La Contratación Electrónica de Servicios Financieros*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 144.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “El Derecho de los contratos en el marco de la unificación jurídica del Derecho privado de la Unión Europea”, *Homenaje al profesor Didier Opperti Badán*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 157–192.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *Revista Española de Seguros*, nº 140, 2009, pp. 595–616.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y FUENTES CAMACHO, V.: “Arts. 107 a 109”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 4ª Edición. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010.
- FERRANDO VILLALBA, M. L.: “Interpretación de las cláusulas generales limitativas de los derechos de los asegurados”, en RES, nº 87, 1996, pp. 141 y ss.
- FONT GALAN, J.I.: “¿Hacia un sistema jurídico mercantil de ‘faz completamente nuevo’? La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho Mercantil del Estado Social”, *RDM*, 1985, pp. 381–417
- FONT RIBAS, A.: “Estudio introductorio”, en HERNÁNDEZ MORENO, A. (DIRECTOR): *Contrato de Seguro: Exclusión de Cobertura y Cláusulas Limitativas*, Barcelona, CEDECS, 1998.
- FRIGESSI DI RATTALMA, M.: *Il contratto internazionale di assicurazione*, Pádua, CEDAM, 1990.
- FUENTES CAMACHO, V.: “La adaptación del Derecho interno español a las directivas comunitarias sobre seguros directos: omisiones, deficiencias y mecanismos de corrección” En *La Ley. Unión Eur.*, 26 de febrero de 1998.
- FUENTES CAMACHO, V.: “Los Contratos Internacionales de Seguro Antes y a Partir del Reglamento de Roma I”, en RES, Nº 140, oct.– dic. 2009.
- FUENTES CAMACHO, V.: *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*. 1ª Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1999.
- FURMSTON, M. P.: *Law of Contract*, 11th edition, London Butterworths, 1986.
- GALGANO, F.: *El negocio jurídico*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, pp. 69 ss.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: “Contratos de Seguro”, en *Contratación Mercantil*, Volumen III. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- GARCÍA AMIGO, M.: “Condiciones generales de los contratos. Civiles y mercantiles”, *RDP*, 1969.
- GARCÍA AMIGO, M.: “Ley alemana occidental sobre condiciones generales”, *RDP*, 1978, p. 388.
- GARCÍA AMIGO, M.: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965.
- GARCÍA CANTERO, G.: “Venturas y desventuras del artículo 10 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios”, *AC*, 1991–2, pp.289–99.
- GARCÍA GIL, F. J.: *Los Contratos Mercantiles y su Jurisprudencia*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, Eurolex, 1993.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, año XXIX, N°. 6957, Sección Doctrina, 30 de mayo de 2008, p. 23.
- GARRÍGUES, J.: “Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil”, *RDM*, n°. 71, Madrid, Aguirre Impositor, 1959.
- GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, 2.ª ed., revisada y puesta al día conforme a la Ley de 8 de octubre de 1980, Madrid, 1983.
- GARRÍGUES, J.: *El contrato de seguro terrestre*, Madrid, Imprenta Aguirre, 1973.
- GETE ALONSO, M.C.: “La formación del contrato”, en *Manual de derecho civil*, t. II, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 584.
- GHESTIN, J. y MARCHESSAUX, I.: *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, París, LGDJ, 1991.
- GOLDSTAJN, A.: “International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application of Municipal Law”, *The Sources of the Law of International Trade* (C.M. Schmitthoff, ed.), New York, 1964, p. 116.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Dykinson, 1994.
- GÓMEZ POMAR, F.: “Hacer pagar al mensajero”, en *InDret*, 1/2003, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- GÓMEZ POMAR, F.: “Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del abogado y daño moral”, en *InDret* 3/2003, Barcelona, 2003, disponible en la dirección de Internet: <http://www.indret.com>.
- GONDRA ROMERO, J.Mª: “Protection de la partie ‘la plus faible’ en droit de la vente internationale”, *New Directions in International Trade Law*, vol. II, Dobbs Ferry, 1977, pp. 571–573.
- GONDRA ROMERO, J.Mª: “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte ‘más débil’ en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, pp. 231–247.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: En BERCOVITZ, R. (coord.): *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 163.
- GOTHOT, P. y HOLLEAUX, D.: *La convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE*. Traducción de PAN MONTOJO, I. París, Júpiter, 1985.
- GRAMUNT FONBUENA, Ma. D.: *Hacia la regulación del comercio electrónico (aproximación a la Directiva 2000/31/CE, sobre el Comercio Electrónico)*. Carta Mercantil, número 16, 2000, p. 2.
- GRISHAM, J.: *The Rainmaker*. Traducción por Enric. Tremps, 5ª ed., Editorial Planeta, 1997, p.30.
- GRYNBAUM, L.: “La Directive “commerce électronique” ou l’inquietant retour de l’individualisme juridique”, *JCP*, n° 41, 2001, pp. 1617 ss.

- GUARDIOLA LOZANO, A.: *Manual de introducción al seguro*, Madrid, Ed. Fundación MAPFRE Estudios, Madrid, 1990.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: *El Estatuto jurídico del consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la administración)*, Madrid, Editorial Civitas, 2002.
- GUISASOLA PAREDES, A.: *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, Madrid, Edersa, 2006.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: “Comentario al art. 6 del Código Civil, en *AA VV: Comentario del Código Civil*, Madrid, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, p. 36
- HALPERIN, I. y MORANDI, J. C.: *Seguros*, I, 2ª edición. Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 345.
- HEBRERO ÁLVAREZ, J.I.: “La validez de las cláusulas claims made en el mercado español de responsabilidad civil”, *RES*, nº 56, (octubre–diciembre 1988), págs. 89–98.
- HEDERMAN, J. W.: *Tratado de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, ed. R.D.P., 1958, p.32.
- HERNÁNDEZ MORENO, A. (dir.): *Contratos de Seguro: Exclusión de cobertura y cláusulas limitativas*, Barcelona, Editorial Cedecs, 1998.
- HESTIN, J.: *Traité de Droit Civil*, t.2: *Les obligations. Le contrat. Formation*, 2ª ed., LGDJ, París, 1988.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: “El lenguaje de las pólizas de seguro”, en EVELIO VERDERA Y TUELLS (dir.): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, CUNEF–CSB, 1982, pp. 358 ss.
- ILLESCAS ORTIZ, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 40.
- ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID: *Memoria de actividades 2006: Actividades Asistenciales*: http://www.icam.es/docs/ficheros/200703090001_6_0.pdf
- IZQUIERO ESCUDERO, F.J.: “Notas a la Ley 7/1.998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en *Baylio, Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta*, época III, nº 1, 2º trimestre, 1998, p. 51.
- JENARD, P. y MÖLLER, G.: “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988”, *DOCE*, nº C 189, de 28 de julio de 1990.
- JENARD, P.: “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968)”, en *DOCE*, nº C89, de 28 de julio de 1990.
- JUSTE MENCÍA, J.: “Art. 5.4. Requisitos de incorporación”, en MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ, A. y DIEZ– PICAZO, L. (dirs.): *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 2002.

- KAYE, P.: *The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC'S Contractual Obligations Convention in England and Wales Under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*, Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapur, Sidney, Dartmouth, 1993.
- KAYE, P.: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements (The Application in England and Wales of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Comercial matters under the Civil Jurisdiction and Judgements Act 1982)*, Abingdon, Professional Books Ltd., 1987.
- KESSLER, F.: "Contracts of adhesion – Some thoughts about freedom of contract", *Colum. L. Rev.*, 1943, p. 629.
- KOPELMANAS, L.: "International Conventions and Standard Contracts as Means of Escaping from the Application on Municipal Law", *The Sources of the Law of International Trade* (C.M. Schmitthoff, ed.), Nueva York, 1964, pp. 118–126.
- LA CASA GARCÍA, R.: "El seguro de vida: de la unidad de disciplina a la proliferación de regímenes especiales", *Derecho de los Negocios*, nº 86, marzo 2006, pp.5 ss.
- LAMBERT-FAIVRE, Y.: *Droit des assurances*, 9ª. ed., París, Dalloz, 1995, p.3.
- LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARRAYA RUIZ, L.J.: *Las Cláusulas Limitativas de los Derechos de los Asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2001, p. 58.
- LARROSA AMANTE, M. A.: "Las Condiciones Generales de la Contratación y los Contratos Bancarios", en FLUITERS CASADO, R. y PUYOL MONTERO, F, J. (dirs.): *Contratos Bancarios*. Cuadernos de Derecho Judicial, 2004.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 31.
- LEAUTE, J.: "Les contrats-type", *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, pp. 429 ss.
- LECLERCQ, J.F., MAHAUX, J. y MEINERTZAHAGEN-LIMPENS, A. : *Quelques aspects des contrats standardisés*, Bruselas, 1982, pp. 240 ss.
- LEFEVRE, G. y D'HOLLANDER, J. : "La normalisation des contrats internationaux d'ingénierie", *Revue Juridique Thémis (Québec)*, vol. 31, 1997, p. 228.
- LEFF, A.: "Unconscionability and the crowd. Consumers and the common law tradition", *University of Pittsburgh Law Review*, vol.31, 1969, pp. 349 ss.
- LETE ACHIRICA, J.: "La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos", *La Ley*, 1996–I, pp. 1.720–8.
- LETTERMAN, G.G.: *Unidroit's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, La Haya, 2002.
- LINDE PANIAGUA, E. "La Administración en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro" en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, (edición e

- introducción E. VERDERA Y TUELLS, E.), Editada por Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF), Madrid, 1982.
- LINDE PANIAGUA, E., “Condiciones de acceso a la actividad aseguradora, régimen cautelar y sancionador”, págs. 49 a 111 en *Estudios y comentarios sobre la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados*, Editado por MAPFRE, Madrid 1977, 500 pp.
- LINDE PANIAGUA, E., “La Administración en la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de contrato de seguro”, págs 239 a 250 en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, AA. VV. (edición e introducción VERDERA Y TUELLS, E.), Editada por Colegio Universitario de Estudios Financieros (CUNEF), Madrid, 1982, 1141 pp.
- LINDE PANIAGUA, E., *Derecho público del seguro*, Editorial Montecorvo. 1ª edición, Madrid, 1977, 398 pp.
- LINDE PANIAGUA, E.: “La intervención de la Administración en el Sistema Financiero (II)”, en *Parte Especial del Derecho Administrativo, La intervención de la Administración en la sociedad*, Majadahonda-Madrid, COLEX, 2007.
- LINDE PANIAGUA, E.: *La coordinación de las Administraciones Públicas en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Servicio de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1981
- LLAMAS POMBO, E. (coord.): *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, La Ley, 2005.
- LLANEZA, P., *E-contratos*, Barcelona, 2004.
- LÓPEZ BLANCO, H.F.: *Contrato de seguro*, Bogotá, Dupré Editores, 1993, p. 57.
- LÓPEZ-COBO, C.I.: “El seguro de responsabilidad civil general en el umbral del siglo XXI. Últimas tendencias”, en *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, (enero 1999), pp. 4-12.
- LOWRY, J. y RAWLINGS, Ph.: *Insurance Law: Doctrines and principles*, Oxford, Hart Publishing, 1999.
- MAGRO SERVET, V.: “La nueva Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en *La Ley*, nº 4,474, de 6 de febrero de 1.998, pp.1-2.
- MALDONADO MOLINA, J.: “La cobertura de la dependencia en Francia y Alemania”, *Cuestiones actuales del Derecho de seguros, Jornadas Asociación Sainz de Andino*, Barcelona, 2002, pp. 307 ss.
- MALEVILLE, M.H. : *L’interprétation des contrats d’assurance terrestre*, Paris, 1996, p. 125.
- MANSILLA GARCÍA, F.: “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (DIRECTOR): *Estudios sobre el aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*, Madrid, Musini, 1994. pp. 213 ss.
- MARCO COS, J. M. (DIRECTOR): *Derecho de Seguros*. Cuadernos de Derecho Judicial, XIX Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

- MARÍN LÓPEZ, J. J. y MARTÍNEZ ESPÍN, P.: *Código de Consumo*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: “El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, en NIETO CAROL, U. (DIRECTOR): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*. Valladolid, Lex Nova, 2000.
- MARINA GARCÍA TUÑÓN, A.: “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el Derecho contractual de seguros”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número 10, 1991. pp. 49–52, 73.
- MARINA GARCÍA TUÑÓN, A.: “El modelo de control sobre condiciones generales de la contratación en el derecho contractual de seguros”, *CDC*, núm. 10, pp. 52 y ss., 1991.
- MARTÍ MARTÍ, J.: “La responsabilidad objetiva del abogado en el ejercicio de su profesión”, *La Ley*, nº 5846 (10 septiembre 2003).
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. N.: “Actividad aseguradora y contrato de seguro”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1996, p. 50.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J.N.: “Protección del asegurado. El defensor del asegurado”, *RES*, 1991, nº 91, pp. 33 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “Las nuevas coordenadas del derecho de la contratación”, *AC*, 1994, nº 14, p. 244
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L.: *Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas en los Contratos Bancarios*. Cádiz, EDICIP, 2002, pp. 84–85, 115, 119.
- MARTÍNEZ NADAL, A.: “Comercio Electrónico”, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- MAYERSON, A.J.: *Ensuring the Solvency of Property and Liability Insurance Companies, Insurance Government and Social Policy*, Nueva York, Nueva Yory, Ed. Huebner Foundation for Insurance Education, 1969, pp. 146–190.
- MAZEAUD, D.: “L'attraction du droit de la consommation”, *RTDCDE*, 1998–1, pp. 95–114.
- MENÉNDEZ, A.: “Preliminar”, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (E. VERDERÁ TUELLS, Colegio Universitario de Estudios Financieros, Consejo Superior Bancario, pp. 81 a 134, 1982.
- MENENDEZ, A.: “Glosa del Profesor Peter Ulmer”, *RDM*, 1993, pp. 999–1.004.
- MENÉNDEZ, A.: en F. SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIV, *Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, Edersa, 1984, p. 133.
- MESSINEO, F.: *Il contratto in genere*, en CICU – MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, 1968, vol. XXI, t. I, p. 422.
- MEZA CARVAJAL, L.A.: “El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil”, *Revista Ibero–Latinoamericana de Seguros*, nº 9, pp. 99–130.

- MICHIDA, S.: "Possible Avenues to Preparation of Standard Contracts", *Unification of the Law Governing International Sale of Goods* (J. Honnold, ed.), París, 1966, p. 255.
- MIGUEL ASENSIO, P.A., DE: "La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el art. 4 del Convenio de Roma de 1980", *La Ley. Com. Eur.*, 4 de abril de 1995.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: "Comentario al artículo 10 bis. LCU", en ARROYO/MIQUEL (coords.), *Comentarios a la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, pp. 287.
- MONROY CABRA, M.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Sexta Edición. Bogotá, Editorial Temis, 2006.
- MORALES SEGURA, C.: "Ley aplicable a los Contratos de Reaseguro", *RES*, números 73 y 74, enero-junio, 1993, pp. 49-55.
- MORENO LUQUE, C.: "La protección legal del consumidor y usuario en España". En DE LEÓN ARCE, A., MORENO LUQUE, C. y AZA CONEJO, Ma. J.: *Derecho de Consumo*. Oviedo, Editorial Forum, 1995.
- MORSE, C. G. J.: "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Yearbook Eur. L.*, 1982.
- MÚGICA, J.M. y RUIZ, S.: *El comportamiento del consumidor*, Barcelona, Ariel, 1997.
- MUÑIZ ARGUELLEZ, L.: *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio Comparado de las normas españolas, francesas, y estadounidenses*. Bogotá, Editorial Temis, 2006.
- NAVARRO PÉREZ, J. L.: *Ley del Contrato de Seguro. Comentarios y Jurisprudencia*. Granada, Comares, 1991.
- NIETO CAROL, U.: "Contrato de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios", *Aranzadi Civil*, nº 2, 1993, p. 21.
- NÚÑEZ LOZANO, M^a.C., *Ordenación y supervisión de los seguros privados*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en NIETO CAROL, U. (coord.): *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Madrid, Civitas, 1994.
- OLIVENCIA, M.: "El seguro de responsabilidad civil y la protección a la víctima. En especial, en los daños causados por la gran empresa: la acción directa y las excepciones oponibles", *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, dirigidos por F. SÁNCHEZ CALERO, Madrid, Musini, 1994.
- ORDUÑA MORENO, Fco. J.: "Derecho de la Contratación y Condiciones Generales". (CAMPUZO LAGUILLO, A.B., coord.): *Contratación Bancaria*, Tomo I. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Séptima Edición. Bogotá, Editorial Temis, 2009.

- OTERO LASTRES, M: “La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación”, *RJC*, 1977, pp. 759–786.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación”, *DN*, pp. 1–34.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: “Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas”. En BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: “Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: La nueva redacción de la LGDCU”. En BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: “Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro”, *RES*, nº 87, 1996, pp. 91–115.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: “Sobre las llamadas cláusulas *claims made* o de reclamación en el seguro de responsabilidad civil: un nuevo conflicto entre planificación empresarial y justicia”, en ÁNGULO RODRÍGUEZ, Luis de; CAMACHO DE LOS RÍOS, Javier (Coord.), *Cuestiones actuales del Derecho de Seguros*, Atelier, Barcelona, 2002, pp. 73–81.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales de los contratos y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 13.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- PAREDES CASTAÑÓN y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- PARRA LUCÁN: *Daños por productos y protección al consumidor*, Bosch, Barcelona, 1990.
- PATTERSON, E.: “The delivery of a life–insurance policy”, 33 *Harv. L. Rev.* 198, 222 (1919).
- PAVELEK ZAMORA, E.: “El seguro de responsabilidad civil de productos (I) y (II)”, *RES*, nº 102 (abril–junio 2000) y 103 (julio–septiembre 2000), pp. 283–331 y pp. 495–529.
- PAVELEK ZAMORA, E.: “La delimitación temporal en el seguro de Responsabilidad civil”, *Gerencia de Riesgos*, nº 41, primer trimestre 1993.
- PENTIKÄINEN, T. y RANTALA, J. (1986). “Run–off Risk as a part of Claims Fluctuation”, *ASTIN Bulletin*, nº 16, 1986, pp 113–147.
- PEÑAS MOYANO, Ma. J.: *La protección del asegurado (análisis de la problemática derivada de la pluralidad de normas aplicables)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- PEÑAS MOYANO, Ma. J.: “Las nuevas reglas de la competencia en el sector asegurador: Acerca del Reglamento 358/2003, de la Comisión, de 27 de febrero de

- 2003, relativo a la aplicación del ap. 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros”, *RES*, 2004, nº 120, pp. 551 ss.
- PÉREZ CARRILLO, E.: “Derecho privado europeo y seguro”, *Estudios de Derecho mercantil europeo* (Pérez Carrillo, coord.), Madrid, 2005, pp. 247 ss.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Granada, 2003.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.: “Hacia la regulación jurídica del seguro de dependencia: la cobertura obligatoria a través del *assurance de soins* en Flandes (Bélgica)”, *RES*, nº 111, 2002, pp. 357 ss.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L.: *El contrato de seguro, Interpretación de las condiciones generales*, Granada, Comares, 1993.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 2004.
- PICARD, M. y BESSON, A.: *Les assurances terrestres*, Tomo I, *Le contrat d’assurance*, 5.^a ed., por André BESSON, París, 1982.
- PINZÓN SÁNCHEZ, J.: “Contratos de contenido predispuesto: La adhesión y las condiciones generales de contratación” en CASTRO DE CIFUENTES, M. *Derecho de las obligaciones*, Tomo I. Bogotá, Editorial Temis, 2009.
- PIZZIO, J.P.: “La protection des consommateurs par le droit commun des obligations”, *RTDCDE*, 1998–1, pp. 53–69.
- POLO SÁNCHEZ, E.: “La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro”, *Comentarios a la LOSSP*, tomo II, pp. 223 y ss., 1988.
- POLO, E.: *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas, 1990, p. 85.
- PRIETO PÉREZ, E.: “Las entidades de seguros como intermediarios financieros”, *Anales IAE*, nº 17, 1976, pp. 81–92.
- REA, S.A. Jr.: “The economics of insurance law”, en Law and Economics. Working Paper Series, Toronto, 1991, págs. 1–30.
- REGLERO CAMPOS, F.: “Objeto, riesgo y siniestro en el seguro de responsabilidad civil (Reflexiones en torno a las llamadas cláusulas *claims made*)”, *Iniuria*, 1994, pp. 17 ss.
- REICH, N.: “The Evolution of Community Law on Services, with Special Reference to Financial Services and Consumer Protection”. *International Insurance Contract Law in the EC, Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23–24, 1991*. (REICHERT-FACILIDES, F. y JESSURUN D’ OLIVEIRA, H. U., eds.). Deventer, Kluwer, 1993.
- REICHERT-FACILIDES, F.: “A Survey of International Insurance Contract Laws Within the EC”. *International Insurance Contract Law in the EC, Proceedings of a*

- Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23–24, 1991.* (REICHERT–FACILIDES, F. y JESSURUN D’ OLIVEIRA, H. U., eds.). Deventer, Kluwer, 1993.
- REJDA, G. E.: *Principles of Risk Management and Insurance*, 4ª ed., HarperCollins Publisher Inc., New York, 1992.
- REYES LÓPEZ, Mª J.: “Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico”. En su libro *Derecho de Consumo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- REYES LÓPEZ, Mª J.: “Las condiciones generales de la contratación”. En su libro *Derecho de Consumo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- RIEG, A.: “La lutte contre les clauses abusives dans les contrats, esquisse comparative des solutions allemande et française”, *Mélange Rodière*, p. 221.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: “El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)”, *Derecho de los negocios*, nov.–1997, pp. 1–16.
- ROMERO, J. A.: “La Propuesta de Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (¿Hacia la modificación de la LOCM?)”, *Revista de Contratación Electrónica*, nº 9, 2000.
- ROOVER, F.E.: “Early Examples of Marine Insurance”, *Journal of Economic History*, 1945, pp. 172–200.
- ROTH, W.–H.: “Article 59 EEC–Treaty and its Implications for Conflicts Law in the Field of Insurance Contracts”. *International Insurance Contract Law in the EC, Proceedings of a Comparative Law Conference held at the European University Institute, Florence, May 23–24, 1991.* (REICHERT–FACILIDES, F. y JESSURUN D’ OLIVEIRA, H. U., eds.). Deventer, Kluwer, 1993.
- ROUANET MATA, E.: “Las cláusulas temporales en el contrato de seguro o claims made”, *AC*, 2002–4, LXII, nº 40 (28 octubre 2002 – 3 noviembre 2002).
- ROYO MARTÍNEZ: «Contratos de Adhesión», *ADC*, pp. 44 y ss., 1949.
- RUBIDO DE LA TORRE, C.: *Derecho del consumo*. Valencia, Ediciones Revista General de Derecho, 2000.
- RUIZ MUÑOZ, M.: “Introducción a la protección jurídica de los consumidores”, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- RUIZ MUÑOZ, M.: *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid, Lex Nova, 1993.
- RUIZ–RICO RUIZ, C.: *El control de las cláusulas abusivas a través del registro de condiciones generales de la contratación*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2003.
- SALAS HERNÁNDEZ, J.: “Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes SALEILLES, R.: *De la déclaration de volonté*, Paris, Pichon, 1901.

- SALEILLES, R.: *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, París, 1901.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: Panorama Legislativo", *RDM*, 1980, pp. 385–436.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.); TIRADO SUÁREZ, F.J., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., TAPIA HERMIDA, A.J.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 2ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2001. (En especial, el comentario del art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro, págs. 1201–1252).
- SÁNCHEZ CALERO, F., TIRADO SUÁREZ, J. y otros, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Las condiciones generales en los contratos de seguro y la protección a los consumidores", *RES*, nº 21, enero–marzo, 1980, p. 8.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor", *RES*, nº 26, 1981.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Presentación". En *Tribunal Español de Arbitraje de Seguros. Boletín Informativo (SEAIDA)*, núm. 40, junio de 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Prólogo" a la obra de J.L. BARRÓN DE BENITO: *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*, Madrid, Dykinson, 1999, p. 15.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: "Sobre la imperatividad de la Ley de Contrato de Seguro". En AA VV: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Tomo III, *Contratos Mercantiles, Derecho Concursal y Derecho de la navegación*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, 1985, 1996.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 3ª Edición (dir.), Pamplona, Editorial Aranzadi, 2005, p. 87.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*. 4ª Edición (dir.). Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010.
- SÁNCHEZ CALERO, F.; TIRADO SUÁREZ, F.J.; TAPIA HERMIDA, A.J. y FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 3ª Ed., Cizur Menor, 2005.
- SÁNCHEZ LOPENZO, S.: *Derecho patrimonial europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Aranzadi, 2003, pp.363–381
- SANDOVAL SHAIK, D. A.: "Contratación Electrónica de Servicios de Inversión: Análisis desde la perspectiva del Derecho Español", en CUADRA, S. (dir.), *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores*, nº 18, Madrid, Julio 2006, p.27.

- SANTOS BRIZ, J.: “Contratos fácticos y atípicos – El contrato como objeto de otro contrato”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XX, Madrid, 1996, p. 303.
- SANTOS BRIZ, J.: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Montecorvo, S. A., 1991.
- SANTOS MORÓN, M^a J.: “Información precontractual, forma y prueba del contrato”. En BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.): *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.
- SANZ VIOLA, A.M.: “Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la contratación”, *AC*, 1999, semana nº 30, pp. 883–916.
- SARDINA VENTOSA, F.: *La contratación electrónica del seguro de vida*, Madrid, Dykinson, 2000.
- SARTI MARTÍNEZ, M.A.: “Modificaciones y cuestiones nuevas que deberían incluirse en la futura reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *Derecho de los Negocios*, 2005, nº 180, pp. 5–22.
- SARTI MARTÍNEZ, M.A.: *Problemática de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuaderno de la Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2005.
- SCHLOSSER, P.: “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (firmado en Luxemburgo el 9 de octubre de 1978)”. En *DOCE*, nº C 189, de 28 de julio de 1990.
- SCHMITTHOFF, C.M.: “Standard Contracts and the Protection of Weaker Party in International Trade Relations”, *New Directions in International Trade Law*, vol. I, Dobbs Ferry, 1977, pp. 177–194.
- SCHMITTHOFF, C.M.: “The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions”, *ICLQ*, vol. 17, 1968, p. 557.
- SENÉS, MONTILLA, C.: “Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el art. 22 LOPJ”, *Justicia*, nº III, 1986.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: Cláusulas abusivas de la contratación. En Especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1996, pp. 51, 159.
- SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La responsabilidad civil del abogado*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.
- SOMMA, A.: “L’impiego dell’ espressione contratto di massa nell’esperienza giuridica tedesca con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza meno resenti”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, p. 147.

- SOTO NIETO, F.: “Cláusulas de delimitación temporal del riesgo en el contrato de seguro de responsabilidad civil”, en Diario *La Ley*, nº 7357, Sección Doctrina, 2010.
- STIGLITZ, R. S. y STIGLITZ, G. A.: *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 48.
- STIGLITZ, R. S.: *Cláusulas abusivas en el contrato de seguro*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, p. 55.
- TALLON, D. y otros: “Les contrôle des clauses abusives dans l’intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.”, *Rev. int. dr. comp.*, 1982 (Número especial).
- TAPIA HERMIDA, A.J.: *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 331 ss.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: “Aspectos polémicos del seguro de responsabilidad civil. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente”, *RDM*, nº 233, (julio–septiembre 1999), pp. 998–985, 997–1050.
- TAPIA HERMIDA, A.J.: *Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, 2ª ed., Barcelona 2003, pp. 215 ss.
- TENREIRO, M./KARSTEN, J.: “Unfair Terms in Consumer Contracts: Uncertainties, Contradictions and Novelties of a Directive», documentación entregada en las Jornadas sobre «La Directiva “Cláusulas abusivas”, 5 años después”, celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999.
- territoriales”, *Revista de Administración Pública*, nº. 119, 1989, p. 50
- THIBIERGE–GUELFUCCI, C.: “Libre propos sur la transformation du droit des contrats”, *RTDC*, 1997–2, pp. 357–85.
- THIRY–DUARTE, M.O.: “Rapport sur l’application pratique de la Directive 93/13/CEE en France”, informe presentado en las Jornadas sobre «La Directiva “Cláusulas abusivas”, 5 años después», celebradas en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.: “Acotaciones a la reforma de la Ley de contrato de seguro en la perspectiva de Derecho comunitario”, *Derecho Mercantil de la CEE. Estudios Homenaje a Girón Tena*, Madrid, 1991.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.: “Conveniente –o necesaria– reforma de la Ley de Contrato de Seguro”, *Derecho de los Negocios*, nº 113, febrero de 2000, pp. 1083–1096.
- TIRADO SUÁREZ, F.J.: “La Ley Concursal y la Ley de Contrato de Seguro”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pp. 5723–5737.
- UBERTAZZI, B.: *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 2008.
- ULMER, P.: “Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas”, *ADC*, 1988–3, pp. 763–87.

- URÍA GONZÁLEZ, R., “Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro en la doctrina española e hispanoamericana”, en *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XXXIII, núm. 84, 1962, pp. 263 a 296.
- VARA PARRA, J. J.: *Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de reaseguro internacional*. Granada, Comares, 2005.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: “Introducción y noción jurídica de consumidor”. En *Jornadas sobre problemática jurídica de consumo*. Valladolid, Edita la Junta de Castilla y León, 1992.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, 1.523–1.546.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Determinación del contenido del contrato: Presupuestos y límites de la libertad contractual*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- VEIGA COPO, A.B.: “Presente y futuro de la Ley de Contrato de Seguro”, *La Ley*, 2005, nº 6385, pp. 1423–1427.
- VEIGA COPO, A.B.: *Condiciones en el contrato de seguro*, Granada, 2005.
- VEIGACOPO, A.B.: *Dimensión temporal del contrato de seguro*, Pamplona, Civitas–Thomson, 2010.
- VERDERA Y TUELLS, E.: “La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Estudios sobre el aseguramiento de la Responsabilidad en la Gran Empresa*, Madrid, Musini, 1994.
- VERDERA Y TUELLS, E.: “Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil”, en SÁNCHEZ CALERO, F. (dir.): *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, 1994, pp. 78ss.
- VERDERA Y TUELLS, E.: “La cláusula *claims made* ante la jurisprudencia del Tribunal Superior Español. Una primera revisión”, *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, Musini, 1994, pp. 77 ss;
- VERGEZ SÁNCHEZ, M., “Consideraciones generales en torno a la incidencia sobre el tratamiento jurídico de las entidades aseguradoras en situación de insolvencia, de la Ley de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados y de la Nueva Ley Concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2005, pp. 5823 ss.
- VIGUERI PEREA, A.: *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano (Tratamiento especial del Derecho Norteamericano)*. Granada, Editorial Comares, 1995, p. 285.
- VIRGÓS SORIANO, M.: “El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S. (dirs.): *Tratado de Derecho comunitario europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Vol. 3, Madrid, Civitas, 1986.

- VIRGÓS SORIANO, M.: “Obligaciones contractuales”. En *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.^a ed. rev., Madrid, Eurolex, 1995.
- WILLIAMS, P. R.: “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *ICLQ*, 1986.
- YEPES, S.: “Las cláusulas abusivas en el contrato de seguro: ¿validez de las cláusulas *claims made* en el seguro de responsabilidad civil?”, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, nº 15, pp. 99–128.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. “El nuevo derecho de la contratación”, en su libro *Derecho del Consumo*. Mataró, Editorial Cálamo, 2005.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: *La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal*, Madrid, Reus, 1988, p. 406.

ÍNDICE DE DECISIONES

I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE 9 de junio de 1977
STJCE 27 de enero de 1987
STJCE 30 de noviembre de 1995
STJCE 27 de junio de 2000
STJCE 5 de marzo de 2002
STJCE 26 de octubre de 2006
STJCE 4 de junio de 2009
STJCE 6 de octubre de 2009
STJCE 3 de junio de 2010
STJCE 11 marzo 2011
STJUE 15 de marzo de 2012

II. Tribunal Constitucional

STC nº 86/1989, de 11 de mayo de 1989
STC nº 35/1992 de 23 de marzo de 1992
STC nº 36/1992 de 23 de marzo de 1992
STC nº 330/1994 de 15 de diciembre de 1994
STC nº 133/1997, de 16 de julio
STC nº 173/2005 de 4 de julio de 2005

III. Tribunal Supremo

STS 20 de marzo de 1935
STS 10 de octubre de 1973
STS 1 de abril de 1981
STS 30 de noviembre de 1981
STS 18 de junio de 1982
STS 20 de septiembre de 1982
STS 12 de mayo de 1983
STS 5 de diciembre de 1983
STS 13 de abril de 1984
STS 22 de febrero de 1985
STS 6 de marzo de 1985
STS 25 de mayo de 1985

STS 28 de noviembre de 1985
STS 30 de mayo de 1986
STS 18 de septiembre de 1986
STS 16 de febrero de 1987
STS 18 de julio de 1987
STS 19 de octubre de 1987
STS 5 de febrero de 1988
STS 23 de mayo de 1988
STS 24 de mayo de 1988
STS 3 de junio de 1988
STS 18 de julio de 1988
STS 12 de diciembre de 1988
STS 18 de enero de 1989
STS 3 de febrero de 1989
STS 22 de febrero de 1989
STS 26 mayo de 1989
STS 28 de junio de 1989
STS 2ª 27 de noviembre de 1989
STS 5 de diciembre de 1989
STS 13 de diciembre de 1989
STS 2ª 14 de diciembre de 1989
STS 31 de enero de 1990
STS 27 de febrero de 1990
STS 8 de marzo de 1990
STS 15 de octubre de 1990
STS 9 de noviembre 1990
STS 20 de marzo de 1991
STS 10 de abril de 1991
STS 19 de abril de 1991
STS 22 de abril de 1991
STS 29 de abril de 1991
STS 2ª 10 de junio de 1991
STS 10 de junio de 1991
STS 25 de julio de 1991
STS 4 de noviembre de 1991
STS 2 de diciembre de 1991
STS 12 de febrero de 1992
STS 14 de febrero de 1992
STS 23 de abril de 1992
STS 8 de junio de 1992
STS 2 de julio de 1992
STS 10 de marzo de 1993
STS 23 de julio de 1993
STS 9 de febrero de 1994
STS 24 de marzo de 1994
STS 20 de julio de 1994
STS 28 de julio de 1994
STS 20 de febrero de 1995
STS 13 de marzo de 1995

STS 15 de junio de 1995
STS 29 de junio de 1995
STS 13 de noviembre de 1995
STS 18 de diciembre de 1995
STS 29 de enero de 1996
STS 12 de julio de 1996
STS 14 de septiembre de 1996
STS 27 de septiembre de 1996
STS 8 de noviembre de 1996
STS 20 de noviembre de 1996
STS 29 de noviembre de 1996
STS 26 de febrero de 1997
STS 25 de marzo de 1997
STS 5 de junio de 1997
STS 5 de julio de 1997
STS 3 de noviembre de 1997
STS 28 de noviembre de 1997
STS 28 de enero de 1998
STS 31 de enero de 1998
STS 10 de febrero de 1998
STS 20 de febrero de 1998
STS 24 de abril de 1998
STS 27 de abril de 1998
STS 4 de mayo de 1998
STS 25 de junio de 1998
STS 18 de septiembre de 1998
STS 13 de noviembre de 1998
STS 4 de diciembre de 1998
STS 22 de enero de 1999
STS 28 de mayo de 1999
STS 18 de septiembre de 1999
STS 2 de febrero de 2001
STS 23 de mayo de 2001
STS 14 de junio de 2002
STS 23 de octubre de 2002
STS 14 de julio de 2003
STS 14 de mayo de 2004
STS 23 de noviembre de 2005
STS 15 de diciembre de 2005
STS 30 de diciembre 2005
STS 23 de febrero de 2006
STS 11 de septiembre de 2006
STS 1 de marzo de 2007
STS 5 de marzo de 2007
STS 11 de diciembre de 2007
STS 28 de abril de 2008
STS 18 de septiembre de 2008
STS 21 de noviembre de 2008
STS 10 de diciembre de 2008

STS 22 de diciembre de 2008

STS 1 de julio de 2010

STS 2 de octubre de 2010

III. Audiencias Provinciales

Alicante

SAP Alicante 22 de enero de 1999

SAP Alicante de 5 de marzo de 2008

Asturias

SAP Asturias 15 de diciembre de 1999

SAP Asturias 14 de marzo de 2000

Barcelona

SAP Barcelona 15 de junio de 1998

SAP de Barcelona 12 de marzo de 1999

SAP 1 febrero de 2006

Burgos

SAP Burgos, 8 de febrero de 2000

Castellón

SAP Castellón 31 de diciembre de 1999

Córdoba

SAP Córdoba 26 de enero de 2000

SAP Córdoba, 16 de marzo de 2000

Granada

SAP Granada de 8 de marzo de 2004

Las Palmas

SAP Las Palmas 25 de mayo de 1998

SAP Las Palmas 5ª 24 de noviembre de 2003

León

SAP León 1 de marzo de 1999

SAP León 28 de mayo de 1999

Lérida

SAP Lérida 20 de mayo de 1999

Logroño

SAP Logroño 15 de febrero de 1996

SAP Logroño 21 de diciembre de 1999

Madrid

SAP Madrid 9ª 8 de julio de 1994

SAP Madrid 17 de noviembre de 1998

Navarra

SAP Navarra 24 de febrero de 2000

SAP Navarra 10 de marzo de 2000

SAP Navarra 2 de marzo de 2005

Ourense

SAP Ourense 5 de diciembre de 1995

SAP Ourense 13 de diciembre de 1999

SAP Ourense 16 de marzo de 2000

Pontevedra

SAP Pontevedra 18 de junio de 1997

Salamanca

SAP Salamanca, 21 de julio de 1999

Santa Cruz de Tenerife

SAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 25 de abril de 2002

Teruel

SAP Teruel 12 de noviembre de 1998

Toledo

SAP Toledo 19 de febrero de 1994

Vizcaya

SAP Vizcaya 24 de enero de 2000

Zamora

SAP Zamora 19 de noviembre de 1998

IV. Juzgados de Primera Instancia

SJPI Palencia 7 de abril de 1997

SJPI nº 13 de Bilbao 12 de febrero de 2009

